Die Kraft der Rechtsgewohnheit

ein älteres entgegenstehendes Gesetz aufzuheben.

Ein Begründungsversuch für das gemeine Recht.

Inaugural-Dissertation

verfasst und einer hohen Juristen-Fakultät

der

Universität Erlangen

vorgelegt von

Dr. jur. G. Grienke.

HALLE a. S.
Druck von Hermann Köhler
1896.

Unter Recht im objektiven Sinne verstehen wir diejenigen Sätze, welche die Menschen zur Grundlage, zur Norm, ihres gemeinsamen Zusammenlebens gemacht haben. Weil das geistige Leben fortwährend in einem Wandlungsprozess begriffen ist, muss auch das objektive Recht sich notwendig in beständiger Entwicklung befinden.[1]) Diese Wandlung vollzieht sich in der Weise, dass einzelne Rechtssätze entstehen und vergehen, man nennt diesen Vorgang Rechtserzeugung. Eine solche Rechtserzeugung kann nur in der Weise stattfinden, dass sich in einer dazu geeigneten Gemeinschaft die Ueberzeugung bildet, es bestehe etwas zu Recht, und dass ferner diese Ueberzeugung ausgesprochen wird. Die Aeusserungsformen sind das, was man gewöhnlich unter Rechtsquellen versteht. Demnach giebt es zwei Rechtsquellen: Die Gewohnheit als die in Werken durch unmittelbare Anwendung im Leben und das Gesetz als die in Worten[2]) zum Ausdruck gelangende Rechtsüberzeugung; ihnen entspricht[3]) das Gewohnheitsrecht (ungesetztes Recht) jus non scriptum und das

---

[1]) Besonders häufig wird die Fortbildung des Rechts mit der Umbildung der Sprache verglichen, so Dahn: Gewohnheitsrecht in Behrend's Zeitschrift für Gesetzgebung, 6. Band, S. 557; ebenso Savigny: System des heutigen römischen Rechts, S. 15—17.

[2]) Kraft ausdrücklicher Festsetzung durch ein nach der Verfassung der Gemeinschaft berufenes Organ.

[3]) cf. § 3 J. de jure naturali et gentium et civili 1, 2; l. 6 D. de justitia et jure 1, 1: Ulpianus: hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: *τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.*

Gesetzesrecht (gesetztes Recht) jus scriptum.[1]) Die römischen Juristen heben die Gleichberechtigung von Gesetz und Gewohnheit wiederholt hervor, so z. B. in § 9 J. 1, 2: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur; ferner in l. 32 D. de legibus 1, 3 § 1 Julianus: inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum, in l. 35 eodem Hermogenianus: sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur.[2]) Eine weitere Art von Rechtsquellen giebt es nicht, insbesondere ist die Rechtswissenschaft keine Rechtsquelle, und zwar weder die theoretische noch die praktische. Allerdings wird durch die Praxis der Gerichte auch Recht erzeugt, insofern es im usus fori, d. i. der fortdauernden gleichmässigen Rechtsprechung in den verschiedenen Gerichten desselben Staatsgebietes zur Erscheinung kommt; dieses Recht ist aber nur eine Spezies des Gewohnheitsrechtes.[3]) Die Gewohnheit ist die

[1]) Vgl. A. Schmidt: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 6 und Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 42 u. 60.

[2]) Vgl. ferner § 7 J. de inj. 4, 4; l. un. pr. C. de caducius tollendis 6, 51: nov. LXXXIX cap. XV.

[3]) Anders Puchta: Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 143—148. Nach ihm sind als Rechtsquellen zu bezeichnen, einmal das Volk selbst (die unmittelbare Rechtsüberzeugung), sodann die Gesetzgebung und drittens die Wissenschaft. Den Unterschied findet er darin, dass bei Entstehung des Rechtes das Volk teils unmittelbar, teils mittelbar durch Repräsentanten (Gesetz und Juristen) thätig wird. Insbesondere sei die Wissenschaft eine von der unmittelbaren Volksüberzeugung ganz verschiedene Rechtsquelle. Auch Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 62 u. 63 bezeichnet den Gerichtsgebrauch als eine besondere Rechtsquelle. Die im Text vertretene Ansicht teilen Windscheid: Pandekten, Bd. I, S. 49 u. 50; Dahn a. a. O. S. 568; Zitelmann: Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 359, Anm. 40; Sturm:

ursprünglichste Erscheinungsform des Rechts. Auf die Gewohnheit führt der Ursprung des Staates selbst zurück. In der späteren Entwicklung tritt die Gesetzgebung in den Vordergrund. Zwar ist die schöpferische Kraft der Gesetze eine viel geringere, denn die Herstellung eines Gesetzeswerkes, welches alle Rechtsverhältnisse, die innerhalb einer grossen Rechtsgemeinschaft der Regelung bedürftig sind, ordnet, überschreitet menschliches Können.[1]) Auf der anderen Seite ist jedoch das Gesetzesrecht dem Gewohnheitsrecht in formaler Beziehung bedeutend überlegen; insbesondere fehlt dem Gewohnheitsrecht oft die sichere Bestimmtheit, denn ob ein Gewohnheitsrecht vorhanden ist, ist häufig erst nach längerer Beweisaufnahme festzustellen.[2]) Das Gewohnheitsrecht ist mehr etwas instinktives; das

---

Recht und Rechtsquellen, S. 84, Nr. 18 und S. 161 u. 162; Regelsberger: Das Subjekt der Rechtsbildung in der kritischen Vierteljahrsschrift von Poezl, Bd. 7, S. 331; Adolf Schmidt a. a. O. S. 6, Anm. 2.

[1]) Vgl. Schwanert: Gesetz und Gewohnheit, S. 19: Denn mag der Strom der Gesetze noch so breit fliessen, er wird doch niemals ausreichen, um Regeln zu geben für alle die fast täglich wechselnden Verhältnisse des äusseren Verkehrs. Vgl. ferner Dernburg a. a. O. I, S. 56, Anm. 2; A. Schmidt a. a. O. S. 9.

[2]) von Jhering: Geist des römischen Rechts, II. Teil, I. Abteil., S. 34 hebt richtig hervor, dass durch das Gesetz das Recht erst zu der ihm eigentümlichen Form erhoben werde, während die Gewohnheit keine dem Recht eigentümliche Form sei. Vgl. auch noch a. a. O. S. 30; Dernburg a. a. O. S. 60. — Schon der römische Rechtshistoriker Pomponius bezeichnet in der l. 3 de origine juris 1, 2 die consuetudo als incertum jus. Puchta a. a. O. Bd. II, S. 230 bis 233 erkennt allerdings diesen Mangel des Gewohnheitsrechts nicht an. Zu weit geht aber auch von Jhering a. a. O. S. 26 ff., namentlich S. 30. Es giebt gewiss nicht wenige Gewohnheiten, welche an Sicherheit und Bestimmtheit dem Gesetz in keiner Weise nachstehen. Vgl. Scheurl in Doves Zeitschrift für Kirchenrecht, III. Jahrgang, kirchliches Gewohnheitsrecht S. 48.

Gesetz hat den Vorzug der Reflexion; auch ist das Gesetz in ganz anderem Maasse imstande, Rechtseinheit für den ganzen Staat zu schaffen. So kommt es, dass auf späteren Kulturstufen das Gesetz die vorherrschende, häufig die fast ausschliessliche Form der Rechtsproduktion wird. Die Geltung des Gewohnheitsrechts weiss man sich jetzt nur dadurch zu erklären, dass man in ihm ein stillschweigendes Gesetz erblickt, eine Auffassung, welcher die ganze mittelalterliche Doktrin huldigte, indem sie das Gewohnheitsrecht im Anschluss an theoretische Aeusserungen römischer Juristen als statutum tacitum bezeichnete oder man fasst gar das Gewohnheitsrecht, wie es das kanonische Recht that, als einen Fall der Verjährung auf. Es ist das unverkennbare Verdienst der historischen Schule, dem Gewohnheitsrecht durch definitiven Bruch mit diesen älteren Theorien die ihm gebührende Stellung zurückgegeben zu haben. Insbesondere fand Puchta[1]) den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts in der volkstümlichen Rechtsüberzeugung. Nur legte er hierauf das Hauptgewicht; in der Gewohnheit sah er lediglich die Erkenntnisquelle, eine „Niederlage“ des bestehenden Rechts; die Gewohnheit macht nach ihm nichts aus für die Existenz des Rechts selbst. Mit vollem Recht ist später darauf hingewiesen worden, dass der Gewohnheit eine durchaus mitschöpferische Rolle zukommt.

---

[1]) Zwar hat schon Savigny in seiner Streitschrift gegen Thibaut: „Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ diese Theorie in ihren Grundzügen angegeben, doch ist sie näher erst begründet worden durch Puchta in seinem „Gewohnheitsrecht“; und die spätere Darstellung von Savigny in seinem „System des heutigen römischen Rechts“ basiert auf Puchta's Schrift. Es ist daher gerechtfertigt, Puchta in dieser Beziehung an die Spitze zu stellen.

Sie ist nicht blos Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts, so dass dieses schon vor der Gewohnheit existiert und demgemäss auch durch andere Erkenntnismittel dargethan werden könnte, sondern sie ist die zur Rechtserzeugung unerlässliche Aeusserungsform der gemeinsamen Rechtsüberzeugung. Handeln können allerdings nur die einzelnen zu einem Gemeinwesen gehörenden Individuen, aber es kann in ihrem Thun der in ihrer Gemeinschaft lebende Rechtstrieb zum Ausdruck kommen. Unrichtig ist aber hinwiederum die materialistische Theorie, welche allein die Gewohnheit für nötig und wesentlich hält. Denn diese Theorie verkennt die Kontinuität sämtlicher Rechtsbildung. Diese Auffassung wird namentlich von Zitelmann[1]) vertreten. Hiernach verschafft lediglich die Macht der Thatsachen dem Gewohnheitsrecht Geltung; auf die allgemeine Rechtsüberzeugung kommt nichts an, nur dass bisher schon ein Satz da, wo er Anwendung zu finden hatte, auch wirklich angewendet worden ist; dies allein ist nötig.[2])

---

[1]) Archiv für die civilistische Praxis neue Folge, 16. Band: Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 464 (cf. S. 459—460).

[2]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 57 Anm. 6. Die sogenannte spiritualistische Theorie von Puchta näher ausgeführt in Puchta a. a. O. Bd. I, S. 92, Bd. II, S. 144 u. 169, Bd. III, S. 9 u. 10, 38, Bd. IV, S. 267 u. a. m., ebenso Puchta: Pandekten, S. 18 u. 20 (II, 18); cf. ferner Savigny a. a. O. S. 35, 36, 146 u. 176. Savigny modifiziert allerdings bereits Puchta's Ansicht, indem er bei ins Einzelne gehenden und gleichgiltigen Bestimmungen die Uebung nicht als blosses Erkenntnismittel, sondern als einen nach dem Gesetz der Kontinuität mitwirkenden Entstehungsgrund gelten lässt. Kierulf: Theorie des gemeinen Civilrechts S. 7 ff. hat zuerst die im Text vertretene vermittelnde Theorie angebahnt. Diese kann jetzt als die herrschende bezeichnet werden. Vgl. Windscheid: Pandekten, Bd. I S. 44: er erkennt in der Uebung die hervortretende Ueberzeugung der Uebenden, dass das, was sie üben, Recht sei, und sieht

Die verschiedene Schätzung des Gewohnheitsrechts im Vergleich mit dem Gesetzesrecht tritt besonders deutlich bei der Frage hervor, ob ein Gesetz wie durch ein späteres Gesetz nach dem Satze lex posterior derogat priori, so auch durch eine später sich bildende entgegengesetzte Gewohnheit aufgehoben werden kann. Denn die Anerkennung dieser Wirkung würde doch nur die letzte Konsequenz der Gleichstellung der Rechtsgewohnheit mit dem Gesetze sein. Ob eine derartige Kraft der Gewohnheit sich für das gemeine Recht aus dessen Quellen begründen lässt, soll im Folgenden untersucht werden. Vor der Erörterung der Quellenstellen selbst ist es jedoch notwendig, zwei Einwürfen zu begegnen, welche, falls sie begründet wären, allerdings ein weiteres Eingehen auf jene als ziemlich überflüssig erscheinen lassen würden. Es handelt sich in beiden Fällen um die praktische Bedeutung der betreffenden römischen Quellenstellen für unser heutiges römisches Recht. Kein Geringerer als Savigny[1]) hat die Behauptung aufgestellt, dass die Aussprüche der römischen Juristen und die Kaiserkonstitutionen, soweit sie die Lehre von den Rechtsquellen beträfen, eine unmittelbare Anwendung nicht zuliessen, denn sie seien als dem römischen Staats-

---

in dieser Ueberzeugung den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts. Dagegen ist nach ihm die nicht geübte Rechtsüberzeugung nicht Recht. Vgl. ferner Unger: Oestereichisches Privatrecht S. 37: Gleichwie das Gesetz ohne Publikation noch nicht Recht ist, ebensowenig die Volksüberzeugung ohne Gewohnheit; weiter Sohm: Institutionen, S. 15: Gewohnheitsrecht gilt, weil es von der Ueberzeugung der Nation ausgegangen, durch freiwillige Uebung kraft innerer Notwendigkeit sich fortgesetzt hat; desgleichen Dahn a. a. O. S. 556, Beseler: System des deutschen Privatrechts S. 107 u. a. m.

[1]) von Savigny a. a. O. S. 162—166 (vgl. S. 69).

recht angehörig bei uns nicht zur Wirksamkeit gelangt. Die Voraussetzung, von der Savigny hierbei ausgeht, dass alles, was dem öffentlichen Recht angehöre, nicht recipiert sei, ist willkürlich und nicht bewiesen.[1]) Richtig ist diese Behauptung nur insoweit, als die über die Gesetze in den Quellen enthaltenen Bestimmungen grösstenteils infolge des neuen Staatsrechts antiquiert sind. Die Lehre von den Edikten, Rescripten, Dekreten und Mandaten hat in der That ihre praktische Bedeutung verloren. Keineswegs gilt dies jedoch auch von den Stellen, welche über die Erfordernisse der Rechtsgewohnheit sowie von denen, welche über das Verhältnis der beiden Rechtsquellen zu einander handeln.[2]) An ihrer Reception hat die deutsche Praxis nie gezweifelt.[3])

Der Einwand von Savigny, dass unsere Juristen die im römischen Recht über die Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkürlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen, erklärt sich einfach daraus, dass auch hier, wie bei anderen Materien, eben nicht alles in den fremden Rechten Enthaltene, sondern nur dasjenige, was Anknüpfungspunkte an deutsche Rechtsanschauungen, Bedürfnisse und Zustände bot, recipiert worden ist, denn nicht ein Akt der Staatsgewalt hat das römische Recht bei uns zur

---

[1]) So fand z. B. der Satz: „princeps legibus solutus est“ (l. 31 D. de legibus 1, 3), der, wie die deutsche Rechtsgeschichte deutlich zeigt, in deutschen Rechtsanschauungen keineswegs wurzelt, mit der Reception in Deutschland Eingang, um allerdings hier mannigfach modifiziert zu werden.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 54, Anm. 1 und besonders Guyet: Das partikuläre Gewohnheitsrecht im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 35, S. 44 u. 45.

[3]) Auch Savigny a. a. O. S. 164 muss diese Thatsache anerkennen.

Herrschaft gebracht, sondern im Wege der Gewohnheit hat sich seine Geltung eingebürgert und folglich ist auch aus der Gewohnheit der Umfang der Reception zu entnehmen.

Von grösserer Tragweite erscheint ein anderer Einwand, welcher in neuerer Zeit von namhaften Juristen, wie z. B. Wendt und Eisele, erhoben worden ist. Wendt[1]) spricht den Stellen des corpus juris civilis, insbesondere den Digesten, Gesetzeskraft nur dann zu, wenn und insoweit sie Rechtssätze enthalten, dagegen nicht, insoweit sie als wissenschaftliche Erörterungen (damit non jus ex regula fiat) oder praktische Entscheidungen (denn facti interpretatio etiam prudentissimos fallat) vom anerkannten Recht abweichen, sie seien trotz Justinian (welcher bekanntlich verordnete, dass jedes von ihm in den Digesten aufgenommene Fragment gleich einem von ihm verordneten Gesetz Geltung haben und jedes dem andern ebenbürtig sein sollte) nicht anzuwenden, denn nicht Dogmen, sondern Rechtssätze seien recipiert. So könne es insbesondere über das Gewohnheitsrecht keine gesetzlichen Vorschriften geben, denn das Gewohnheitsrecht leite seine Geltung nicht aus dem jus scriptum her. Was Celsus oder Julian über Geltungsgrund und Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sowie über das Verhältnis desselben zum Gesetzesrecht ausgesprochen, habe an sich keinen anderen Wert und keine weitere Bedeutung, als wenn unsere heutigen Juristen ihre Ansicht über das Wesen und die Wirkung des Gewohnheitsrechts formulierten, denn nicht eine äussere formale Geltung, sondern nur das innere Gewicht der

---

[1]) Jahrbücher für Dogmatik von Jhering, Bd. X: Rechtssatz und Dogma, S. 299—328.

Gründe könne hier entscheidend sein.[1]) In ähnlicher Weise äussert sich Eisele[2]): Ebensowenig wie der Gesetzgeber die Zahl der Rechtsquellen bestimmen könne, so liege auch ein massgebender Ausspruch über das Verhältnis beider Quellen ausserhalb seiner Macht. In welchem Verhältnisse das Gesetz zur Rechtsgewohnheit stehe, ergäbe sich aus dem Wesen der beiden Rechtsquellen, könne aber nicht durch eine derselben bestimmt werden. Die Gewohnheit habe zufolge ihres Wesens die Kraft, auch Recht, welches gesetzlichem Recht widerspräche, zu erzeugen und könne daher ein älteres entgegenstehendes Gesetz aus diesem Grunde aufheben. Bei diesen Ausführungsn wird m. E. vollständig übersehen, dass der feste Grund alles Rechtes seine Geschichte ist. Es beruht auf Verkennung des historischen Wesens des Rechts, den Grund der Richtigkeit einer Regel, wie bei der Naturwissenschaft, in ausserhalb liegenden Veranlassungen zu suchen, wo doch nur das Rechtsbewusstsein in uns selbst, wie es noch heute in nationaler Anpassung an das römische Recht beruht, entscheidend sein kann.[3]) Aus römischem und kanonischem Recht, deutschen Reichsgesetzen und Gewohnheiten deutschen Ursprungs setzt sich das gemeine Recht zusammen, und zwar nehmen die erstgenannten beiden Rechte den bei weitem grössten Raum ein. Sie sind daher in erster Linie über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts zu befragen; nicht, um lediglich ein historisches Interesse zu befriedigen, sondern aus

---

[1]) Wendt a. a. O. S. 325—328.

[2]) Archiv für civilistische Praxis, neue Folge, 19. Bd. Eisele: Unverbindlicher Gesetzesinhalt S. 289—296.

[3]) Vgl. namentlich Sturm: Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 11; Sturm: Recht und Rechtsquellen S. 16 u. 18, ferner A. Schmidt a. a. O. S. 4 u. 5.

rein praktischen Erwägungen ist meiner Auffassung nach in die Prüfung der Quellenstellen einzutreten.

Salvius Julianus, der berühmte Jurist aus Kaiser Hadrians Zeit, bekannt vor allem durch seine Zusammenstellung der Edikte der römischen Stadtprätoren[1]) kommt nach längerer Erörterung über das Wesen des Gewohnheitsrechts am Schlusse seiner Ausführung zu dem unzweifelhaften Ergebnis: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur (fr. 32 de legibus 1, 3). Dieser Stelle widerspricht augenscheinlich ein Rescript Kaiser Konstantins in c. 2 quae sit longa consuetuto 8, 52 (8, 53): consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo valitura sui momento, ut aut rationem vincat aut legem. Mit Feststellung dieses Widerspruchs hat sich jedoch der forschende Menschengeist nicht zufrieden geben können, vielmehr ist es das Bestreben der Juristen aller Zeiten und Länder gewesen, das Dunkel, welches über Konstantins Rescript lastet, zu erhellen, den vermutlich wahren Sinn desselben zu erforschen und es mit Julians Ausspruch in Einklang zu bringen. Denn dasselbe befindet sich augenscheinlich mit dem ganzen Geiste, der Justinians Rechtsbuch durchweht, in schroffem Gegensatz. Beiworte wie berüchtigt[2]), verzweifelt u. a., welche dieser Kodexstelle am Eingange der meisten Besprechungen gegeben werden, bezeugen zur Genüge, wie viel Schwierigkeit die Interpretation derselben von jeher geboten hat.

---

[1]) Welche in dieser Fassung durch ein Senatuskonsult Bestätigungen erhielten und als edictum perpetuum den Abschluss der prätorischen Rechtsentwicklung markieren.

[2]) Z. B. Puchta: Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 117.

Charakteristisch äussert sich Busch[1]) schon 1844: „Recht lebhaft fühle ich, dass ich ein Wagestück unternommen habe, denn diesen Namen verdient gewiss ein abermaliger Versuch hinsichtlich der Lösung einer Frage, mit der sich schon so viele Meister beschäftigt haben." Die Glossatoren zu Bologna, welche mit voller Kraft dem Studium des corpus juris civilis sich widmeten und gerade die Antinomien durch scharfsinnige Erläuterungen zu deuten suchten, haben auch in unserer Frage den Grund der verschiedenen Meinungen gelegt. Bereits sechs Vereinigungsversuche weist die glossa ordinaria des Akkursius auf. Die entscheidenden Worte der l. 2 C. cit. sind lex und consuetudo; deren Bedeutung muss daher im vorliegenden Falle in erster Linie festgestellt werden. Dieselben sollen deshalb den Mittelpunkt bilden, um welchen die Fülle der mannigfaltigen Auslegungen sich gruppieren wird. Die verschiedenartige Uebersetzung der übrigen Worte wird dabei mitberücksichtigt werden.

Geht man von der consuetudo aus, so lag wohl nichts näher, als in der Verschiedenheit von desuetudo auf der einen und consuetudo contraria auf der anderen Seite den markanten Unterschied finden zu wollen. Der älteste derartige Versuch findet sich bereits in einem Scholion zu den Basiliken.[2]) Viele andere sind gefolgt; es seien nur erwähnt Anton Faber, einer der letzten französischen Juristen aus der historischen Schule, Kloetzer, Schweitzer und Elvers. Den Unterschied sehen sie darin, das zwar durch desuetudo ein Gesetz aufgehoben werden könne, nicht aber auch

[1]) Archiv für civilistische Praxis, 27. Band, 2. Heft. Busch: Beiträge zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 197.

[2]) Basil. lib. II tit. 1 ad. c. 42 Ausgabe von Heimbach Band I, S. 39.

durch eine consuetudo legi contraria. Kloetzer[1]) bezeichnet desuetudo und consuetudo abrogativa als sehr verschiedene Dinge; etwas grundverschiedenes sei es, ein Gesetz consensu omnium (den tacitus consensus omnium forderte man zur desuetudo, nicht aber zur consuetudo) abzubringen und etwas anderes, ein Gesetz durch Gewohnheit einzuführen. Diese Unterscheidung dürfte schwer einleuchten; auch schwächt Kloetzer seine Behauptung erheblich ab, indem er zugiebt, dass zur Zeit der römischen Republik die desuetudo die consuetudo abrogativa mit umfasst habe, dagegen folge nun keineswegs ein Gleiches auch für die Monarchie.[2])

Elvers[3]) beruft sich zur Begründung seiner Auffassung auf sonstige Aussprüche römischer Juristen in den Digesten, aus denen hervorgehe, dass eine consuetudo legi contraria nicht möglich sei, so namentlich auf Ulpian, welcher durch seinen Ausspruch in fr. 33 I, 3: „Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet" jedem Missverständnis gewissermassen habe vorbeugen wollen. Ulpian bezeichnet jedoch hiermit nur das Feld, auf welchem die Gewohnheit besonders zur Geltung zu kommen hat; dass sie aber allein hier ihre Wirksamkeit entfalten soll, sagt er keineswegs.[4]) Dasselbe ist

---

[1]) Kloetzer: Versuch eines Beitrags zur Revision des Gewohnheitsrecht, S. 93—100.

[2]) Auf den betonten Unterschied zwischen Monarchie und Republik wird an anderer Stelle ausführlich eingegangen werden.

[3]) Allgemeine juristische Zeitung. 1. Jahrgang 1828: Elvers: Beiträge zur Vereinigung anscheinend widersprechender Stellen im corpus juris civilis, S. 381 u. 382.

[4]) Ueberhaupt ist die Anwendung des argumentum a contrario in dieser Weise sehr gefährlich; vergl. hierüber Savigny a. a. O. S. 261—262.

bezüglich der übrigen von Elvers angeführten Belegstellen zu sagen.

Die Trennung von desuetudo und consuetudo contraria lässt sich nicht aufrecht erhalten. Denn wenn einmal der Volkswille nach Julians Ausspruch stark genug ist, ein Gesetz durch Nichtbefolgen aufzuheben, so wäre es doch höchst ungerechtfertigt und inkonsequent, wenn die in Rede stehende Kodexstelle besagen sollte, dass ein Gesetz jedoch nicht in Form der Einführung einer entgegenstehenden Gewohnheit zu Falle gebracht werden könne. Denn die Kraft eines Gesetzes erlischt auch durch den Willen des Gesetzgebers sowohl dann, wenn derselbe das Gesetz ausdrücklich aufhebt, nicht minder aber auch dann, wenn er ein neues Gesetz einführt, mit dessen Bestimmungen der Inhalt des früheren Gesetzes unvereinbar ist, so dass dasselbe nicht mehr fortbestehen kann. Der Gesetzgeber hat im letzten Falle das ältere Gesetz stillschweigend aufgehoben. Hält man sich ferner genau an den Wortlaut des fraglichen Rescriptes, so ergiebt sich schon daraus, dass die Unterscheidung nicht haltbar ist, sondern dass vielmehr beide Fälle gleichzeitig verworfen werden, denn ein Ueberwinden (vincere) liegt nicht nur in der Aufstellung einer neuen Regel, sondern nicht minder auch in der Nichtanwendung eines bestehenden Gesetzes. Wenn also, um das Beispiel von Savigny zu gebrauchen, ein Strafgesetz durch Gewohnheit blos aufgehoben, mithin die bisher strafbare Handlung zur straflosen gemacht wird, so ist doch damit das Strafgesetz gewiss in gleichem Maasse überwunden, als wenn durch Gewohnheit eine höhere oder geringere Strafe eingeführt wird.[1]) Es ist nämlich darauf zu achten,

[1]) Savigny a. a. O. S. 195 u. 196.

dass bei der desuetudo[1]) die Veranlassung vorgelegen haben muss, ein bestehendes Gesetz anzuwenden; es wurde somit in den betreffenden Fällen nicht der in dem Gesetz enthaltene Rechtssatz, sondern ein anderer zur Anwendung gebracht. Dann ist aber desuetudo und consuetudo contraria gar nicht mehr zu unterscheiden, da ja eins das andere in sich schliesst, indem jede desuetudo sich zugleich als Substitution einer neuen Rechtsregel auffassen lässt.[2])

Im Folgenden wird daher diese Unterscheidung unberücksichtigt bleiben, so dass das von der desuetudo Gesagte auch von der consuetudo contraria und ebenso umgekehrt Geltung hat.

Die weitberühmteste Auslegung, welche geradezu eine historische Bedeutung erlangt hat und wohl die von allem am besten begründete ist, geht dahin, dass

---

[1]) Hierdurch unterscheidet sie sich vom blossen non usus, d. h. wenn Einzelne von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen oder wenn ein Gesetz einen längeren Zeitraum hindurch nicht angewendet wurde, weil gerade kein Fall der Anwendung vorgekommen war. — Ein ganz anderer Fall ist es natürlich, wenn ein Gesetz durch non usus insofern aufgehoben wird, als der Gegenstand, welches dasselbe betraf, fortgefallen ist bezw. das Verhältnis, welches es regelte, nicht mehr vorkommen kann.

[2]) Vgl. über diese Unterscheidung Puchta a. a. O. I. S. 90, 91, II. S. 206, III. S. 206, Anm. 9 u. 10; Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien im Archiv für civilistische Praxis, 3. Bd., 2. Heft, S. 148, 149, Anm. 5 u. 6, S. 273, 274 u. 278. Wangerow, Pandekten, S. 42; Guyet a. a. O. S. 24; Schmidt a. a. O. S. 20, Anm. 2; Dahn a. a. O. S. 582. — Windscheid, S. 52, Anm. 1: „Wenn in der l. 32 cit. nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechthin, nicht von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Rechtssatzes die Rede ist, so liegt es auf der Hand, dass in der letzteren kein grösserer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren.“ Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 28.

es sich in l. 2 cit. nicht um Gewohnheiten handle, deren Geltungsbereich ein gleich ausgedehntes sei wie das gegenüberstehende Gesetz, also um gemeine Gewohnheiten im Verhältnis zu gemeinen Gesetzen, sondern nur um partikuläre Gewohnheiten im Verhältnis zu gemeinen Gesetzen, seien letztere absoluter (zwingender) oder lediglich dispositiver Natur; in letzterer Hinsicht differieren die Meinungen. Die ersten Spuren dieser Ansicht finden sich bei den Glossatoren, denn Johannes, Bassianus, Akkursius und ihr berühmtester Vertreter Azo sind Anhänger derselben. Von den Postglossatoren bekennt sich Bartolus de Sassoferato zu dieser Auffassung. Aehnlich ist auch die Anschauung des grossen Franzosen Hugo Donellus in seinen „commentarii juris civilis“. Nach ihm spricht Konstantin nicht von dem Verhältnis einer konkreten Gewohnheit zu einem konkreten Gesetz, sondern von lex und consuetudo in abstracto oder, wie er es nennt, in suo genere. Die Stelle besage, eine Gewohnheit sei an sich nicht stärker als ein Gesetz, wohl komme daher einer Volksgewohnheit gegenüber einem Volksgesetz derogatorische Kraft zu, nicht jedoch sei dies bei einem Municipalgebrauch einem Volksgesetz oder einer Kaiserkonstitution gegenüber der Fall, da ja auch einer lex municipii (einem Lokalgesetz) eine solche Macht nicht innewohne.[1]) Auch

[1]) Hugonis Donelli Commentarii de jure civili, lib. I, cap. X, S. 68 u. 69. In his enim verbis, consuetudo non vincit rationem aut legem, neque consuetudinis verbo nominatur species aliqua consuetudinis, ut apparet, sed genus ipsum consuetudinis: neque item verbo legis species legis, sed genus ipsum legis — proinde haec sententia est: consuetudo in suo genere non vincit legem, id est non majorem vim habet, quam lex in simili genere et suo. Quod sane est verissimum, etiam tunc, cum de abrogatione priorum legum agitur. Consuetudo populi Romani legem etiam populi abrogat — nam lex ejusdem generis puta municipii idem non faceret.

Savigny hält an dieser Interpretation im Wesentlichen fest und begründet dieselbe in interessanter Weise in seinem System des heutigen römischen Rechts.[1]) Es könne im vorliegenden Falle gewiss nur von solchen Gewohnheiten die Rede sein, die künftig entstehen würden, es sei dies aber zu Konstantins Zeiten nur von partikulären Gewohnheiten zu erwarten gewesen,[2]) auch würde schwerlich der Ausdruck „non vilis auctoritas“ von einer Nationalsitte gebraucht sein. Unter lex sei entschieden nichts anderes als ein Kaisergesetz zu verstehen. An und für sich könne dies ein absolutes oder vermittelndes sein. Savigny entscheidet sich jedoch für das erstere, insbesondere wegen der Verbindung mit ratio, welchen Ausdruck er „als ein nicht durch Gesetz geschütztes Staatsinteresse“ wiedergiebt. Den Inhalt der ganzen Stelle übersetzt er folgendermassen: „Oertliche Gewohnheiten sollen nicht gelten, wenn sie mit dem Staatsinteresse in Widerspruch stehen, mag nun dieses durch ein Landesgesetz anerkannt sein oder nicht“.[3]) In eingehender Weise sucht Guyet[4]) durch Zuhilfenahme von Inscription und Subscription der Kodexstelle gleichfalls den Nachweis zu führen,

[1]) Savigny a. a. O. I, S. 420—425.

[2]) Gewiss wegen der grossen Ausdehnung des römischen Reichs in der damaligen Zeit, denn je grösser das Rechtsgebiet ist, desto schwerer wird sich auch eine allgemeine Rechtsgewohnheit bilden können. Einen anderen Gesichtspunkt macht Savigny a. a. O. S. 76 u. 77 geltend, indem er darauf hinweist, dass es nach Erlöschen der juristischen Litteratur an der frischen nationalen Kraft zu einer neuen Rechtsbildung fehlte und dass es daher immer des Eingreifens der kaiserlichen Gesetzgebung bedurfte, um neu aufkommenden Rechtsgedanken bestimmte Form und Fassung zu geben (vgl. auch S. 145).

[3]) Savigny a. a. O. S. 424 (vgl. S. 196).

[4]) Guyet: Das partikuläre Gewohnheitsrecht im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 35, S. 26—30.

dass hier nur partikuläre Gewohnheiten gegenüber allgemeinen Gesetzen in Frage kommen könnten.[1]) Denn Proculus, an welchen das Reskript gerichtet ist, habe als Prokonsul von Afrika, also von einer verhältnismässig kleinen Provinz, kaum Veranlassung gehabt um allgemeines im ganzen römischen Reiche geltendes Gewohnheitsrecht anzufragen. Es leuchte vielmehr ein, dass er nur über solches Gewohnheitsrecht, welches in seinem Sprengel galt und mithin partikulärer Natur war, das Gutachten des Kaisers eingeholt habe. Auf dieses könne daher Konstantins Bescheid allein Bezug haben. Von neueren Juristen halten Windscheid, Sturm und Goldschmidt diesen Vereinigungsversuch für den zutreffendsten.[2]) Sie weichen darin von einander ab, dass Windscheid unter lex nur absolut gebietendes Recht im Gegensatz zum jus dispositivum, Goldschmidt auch letzteres und endlich Sturm nur ein solches allgemeines Gesetz, welches das partikuläre Gewohnheitsrecht ausdrücklich ausschliesst, verstanden wissen will, Sturm macht noch geltend, dass allein von seinem Standpunkte aus das Wort ratio eine befriedigende Erklärung finde; er übersetzt dasselbe mit „der Logik des Rechts", denn einer partikulären Gewohnheit gegenüber einem allgemeinen, partikuläre Gewohnheiten ausschliessenden Gesetze derogatorische Kraft geben zu wollen, wäre allerdings gegen die Logik des Rechts.

[1]) Die Auffassung, dass es ein absolut gemeines Recht sein müsse, teilt er nicht. Vgl. S. 20, 25, Anm. 45 u. S. 29.

[2]) Windscheid a. a. O. I, S. 52, Anm. 2, gegen dessen Ansicht vgl. namentlich Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 34: Der allgemeine Staatswille kann in absoluter wie in dispositiver Form das entgegenstehende Gewohnheitsrecht stets ausschliessen. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, S. 338 und 339, Anm. 35. Sturm: Recht und Rechtsquellen, S. 164 u. 165; Gewohnheitsrecht u. Irrtum, S. 11; Kampf des Gesetzes etc., S. 35 u. 36.

So scharfsinnig nun aber auch dieser Erklärungsversuch ist, so kann ihm doch m. E. eine gewisse Willkür nicht abgesprochen werden, denn es wird in die Worte des Reskripts etwas hineingelegt, was in ihnen selbst nicht enthalten ist. Die Möglichkeit dieser Vereinigung ist gewiss zuzugestehen und es ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass die Auffindung der Anfrage des Proculus,[1]) sowie die mögliche Vervollständigung des rätselhaften Excerptes[2]) in der That diesen Sinn ergeben würden. So sind es jedoch nur Möglichkeiten, Hypothesen, mit welchen auf dem Gebiete des positiven Rechts nicht gerechnet werden darf. Auch die Gegengründe, welche sich gegen diese Annahme erheben, sind durchaus nicht unerheblich. Denn in sonstigen Fällen, in denen es sich um lokale Gewohnheiten handelt, ist dies regelmässig durch die Worte: regio, mos regionis, mos provinciae, mores locorum und dergleichen zum Ausdruck gebracht.[3]) Man müsste also denn hier glauben, dass Konstantin gerade diejenigen Momente, von welchen er seine Entscheidung abhängig macht, verschwiegen hätte.

---

[1]) Guyet a. a. O. S. 29 nimmt dies mit voller Gewissheit an.

[2]) Denn es ist höchst wahrscheinlich, dass das Reskript, wie es von Konstantin erlassen ist, einen grösseren Umfang gehabt hat.

[3]) Vgl. z. B. folgende Stellen: fr. 10 § 3 mandati 17, 1 (quae in regione frequentantur); fr. 1 de usuris 22, 1 (mos regionis); fr. 37 eodem loco (quae in regione frequentantur); fr. 39 § 1 de legatis I (mos regionis); fr. 34 de diversis regulis juris antiqui 50, 17 (mos regionis); fr. 7 § 10 de administratione et periculo tutorum 26, 7 (mos provinciae); fr. 71 de contrahenda emptione 18, 1 (consuetudo regionis); c. 1 § 10 de vet. jure enucl. 1, 17 (consuetudo Romae); c. 19 de locato 4, 65 (consuetudo regionis); c. 2 quemadmodum aperiantur testamenta 6, 32 (mores locorum) u. a. Diese Stellen zeigen gewiss genügend, dass bei den Römern besondere Ausdrücke für partikuläre Gewohnheiten durchaus gebräuchlich waren; es ist deshalb nicht glaubhaft, dass Konstantin hier den herkömmlichen

Baehr[1]) versteht unter consuetudo ususque longaevus den Gerichtsgebrauch; diesem würde zwar rechtsbildende Kraft (auctoritas) beigemessen, jedoch nicht der Art, ut aut rationem vincat aut legem. Hierbei wird das Wort consuetudo nicht mit übersetzt. Abgesehen hiervon heisst es aber an anderer Stelle, nämlich in fr. 38 eodem, dass rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem (d. i. der Gerichtsgebrauch) vim legis obtinere debere. Auch wird der so charakterisierte Gerichtsgebrauch mit der consuetudo in der nämlichen lex auf eine Stufe gestellt (aut aut). Die verschiedene Behandlung von Gewohnheit und Gerichtsgebrauch ist somit in keiner Weise gerechtfertigt. Die Uebersetzung von ratio durch Baehr als „das entschieden vernünftige" dürfte gleichfalls zu Bedenken Anlass geben, denn einem entschieden oder geradezu vernunftwidrigen Gerichtsgebrauch hätte Konstantin keine non vilis auctoritas zuschreiben können; ein solcher könnte höchstens thatsächlich als Missbrauch, nicht jedoch als ein Rechtssatz bestehen. Viel besser giebt Dvorzak[2]) „ratio" wieder, er versteht nämlich darunter das ganze System des herrschenden Rechts; im übrigen teilt er die Auffassung von Baehr.

Sprachgebrauch verlassen haben sollte. Gegen die obige Ansicht vgl. insbesondere Puchta a. a. O. Bd. III, S. 212; Dernburg a. a. O. I, S. 62; A. Schmidt a. a. O. S. 24 u. 25; Zoll in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik neue Folge, Bd. I, S. 423; Fritz: Erläuterungen zu Wenings Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, S. 37; Prager: Lehrbuch des gesamten Privatrechts, Bd. I, S. 164.

[1]) Dr. Otto Baehr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 187.

[2]) Oesterreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft von Haimerl, 7. Bd., 1. Heft. Dvorzak: Ueber das Gewohnheitsrecht, S. 86 u. 87.

Puchta[1]) findet den gemeinschaftlichen Fehler aller Erklärungen in der Annahme, dass die lex 2 cit. von dem Gewohnheitsrecht und seiner Autorität spreche. Nach ihm ist nur von einer thatsächlichen Gewohnheit, einer consuetudo im natürlichen Sinne, der keine Rechtsüberzeugung zu Grunde liege, die Rede. Consuetudo und usus könne allerdings die Erkenntnisquelle, die äussere Erscheinungsform eines Rechtssatzes sein, jedoch nur unter Erfüllung gewisser Bedingungen; vor allem dürfe kein rechtlicher Grund vorliegen, durch welchen die Möglichkeit einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ausgeschlossen sei.[2]) Dies sei nun hier der Fall, indem eine consuetudo contra rationem juris (ratio bezeichnet er als ratio juris = rechtlicher Grund) angeführt werde. Das äussere Moment könne das innere nicht ersetzen: usus non vincit rationem aut legem id est rationem juris aut legis. Der ganze Inhalt der fraglichen lex gehöre daher nicht in die Lehre von der Kraft des Gewohnheitsrechts und seiner Kollision mit dem gesetzlichen Recht, sondern in die von Erfordernissen des Gewohnheitsrechts.

Es hängt diese Auslegung eng zusammen mit der Theorie vom Gewohnheitsrecht, wie sie die historische Schule aufgestellt hatte, welch' letztere die Fundamentalquelle alles Rechtes in der gemeinsamen Volksüberzeugung erblickte und in der Uebung nur ein Zeugnis derselben sah. Diese Auffassung der historischen Schule ist jetzt fast allgemein aufgegeben worden, indem die Bedeutung, welche der Uebung für das Zustandekommen

[1]) Puchta: Gewohnheitsrecht, Buch I, S. 118 – 120; Buch III, S. 213 u. 214.

[2]) Die gleiche Ansicht vertritt Puchta a. a. O. I, S. 99 und 101—102 bezüglich fr. 39 de legibus 1, 3.

des Gewohnheitsrechts beizumessen ist, allseitig gewürdigt worden ist.[1])

Hätte consuetudo ususque longaevus wirklich den Sinn, welchen Puchta unterstellt, dann würde das Rescript etwas sehr überflüssiges sagen. Denn wie hätte Konstantin auf den Gedanken kommen können, davor zu warnen, einem Erfordernis des Gewohnheitsrechts volle Autorität, nämlich die Möglichkeit der Aufhebung eines Gesetzes zuzusprechen, während die Existenz des Gewohnheitsrechts doch durch das Zusammentreffen aller Erfordernisse bedingt ist. Sodann ist weiter gegen Puchta hervorzuheben, dass auch in sonstigen Quellenstellen consuetudo ususque longaevus nicht die von ihm angenommene Bedeutung hat.[2]) Ferner spricht gegen ihn, dass die in Rede stehende Vorschrift in den das Gewohnheitsrecht behandelnden Kodextitel aufgenommen ist und dass die c. 1 und c. 3 8, 53 zweifellos von Rechtsgewohnheiten sprechen. Auch würde einer derartigen blos natürlichen Gewohn-

---

[1]) Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 377; Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit S. 4. — Festgehalten wird die spiritualistische Theorie u. a. noch von Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 108.

[2]) Die Römer bedienen sich zur Bezeichnung des Gewohnheitsrechts selten der genaueren Ausdrücke wie jus moribus constitutum, jus consuetudine comprobatum, jus moribus et consuetudine inductum u. a., sondern fassen regelmässig nur die äussere Erscheinung ins Auge, indem sie von consuetudo, mos, mores, usus u. a. sprechen. Aus der Hervorhebung des letzteren Moments, sowie daraus, dass consensus populi und andere Ausdrücke niemals allein, sondern immer nur in Verbindung mit dieser Aeusserungsform gebraucht wird (vgl. Ulpianus: mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine comprobatus u. a.), ergiebt sich zur Genüge, dass die spiritualistische Theorie in den Quellen keine Stütze findet; vgl. A. Schmidt a. a. O. S. 11—12 und Sturm: Recht- und Rechtsquellen S. 153.

heit keine auctoritas und ganz sicher keine non vilis auctoritas beigelegt werden können.[1])

Aehnlich wie Puchta erklärt Kierulff[2]) die Stelle. Es stehe ein Gewohnheitsrecht in diesem Falle garnicht in Frage, da der Gewohnheit hier keine gemeinsame Ueberzeugung zu Grunde liege. Es handle sich vielmehr lediglich um die partikuläre Gewöhnung Einzelner, indem die Gewohnheit noch nicht eine solche Verbreitung erlangt habe, dass sie als Ausdruck einer gemeinen Meinung gelten konne. Er übersetzt die lex in folgender Weise: Zwar hat ein langjähriger Brauch bedeutende Autorität (indem unter Umständen daraus Recht entstehen kann); aber eine blosse alte Gewohnheit hat dadurch allein (sui momento) noch nicht die Kraft, ausdrückliches Gesetz (legem) oder nicht wörtlich ausgesprochenen gesetzlichen Willen (rationem) zu besiegen. Aus denselben Gründen, welche gegen Puchta geltend gemacht sind, ist auch Kierulffs Ansicht von der Hand zu weisen.

Ganz verfehlt ist der Versuch von Lueders,[3]) welcher das Reskript nicht auf Gewohnheitsrecht im objektiven Sinne, sondern auf die Ausübung eines subjektiven Rechts bezieht und consuetudo ususque longaevus für gleichbedeutend mit vetustas hält. Es habe dem Kaiser ein Fall vorgelegen, wo gegenüber einer dinglichen Klage (auf ein dingliches Recht deute der Ausdruck usus hin) der Beklagte sich auf einen lange Zeit fortgesetzten Gebrauch, auf eine vetustas berufen habe. Sehr unwahr-

---

[1]) Gegen Puchta vgl. namentlich Busch a. a. O. S. 204—206; Zoll a. a. O. S. 422; Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 32 u. 33.

[2]) Theorie des gemeinen Civilrechts, S. 11.

[3]) Kritische Vierteljahrsschrift von Bekker und Pözl, Bd. 7, S. 133—139.

scheinlich ist es nun an sich schon, dass Konstantin das kurze Wort „vetustas“ durch den breiten Ausdruck „consuetudo ususque longaevus“ wiedergegeben hätte. Ferner war aber auch nach römischem Recht die vetustas auf einen kleinen Kreis von Befugnissen publicistischer Natur eingeengt und erzeugte hier allerdings eine giltige Einrede. Dagegen war bei den übrigen dinglichen Rechten Berufung auf vetustas unzulässig. Es war hier vielmehr lediglich die Einrede der praescriptio longi temporis bezw. der usucapio gegeben. Aus Konstantins Worten kann doch aber unmöglich herausgelesen werden, dass die Einrede der vetustas, welche für gewisse Fälle zwar begründet sei, eine Ausdehnung auf die übrigen dinglichen Rechte nicht zulasse, wenngleich der vetustas im allgemeinen wohl auctoritas zuzuschreiben sei. Es wäre auch überflüssig gewesen, eine ganz selbstverständliche Regel hier zu wiederholen. Auch sonst erheben sich sehr starke Bedenken gegen die Ausführungen von Lueders, auf die alle einzugehen zu weit führen würde; so besonders die Rubricierung der constitutio unter einem Titel, welcher vom Gewohnheitsrecht im objektiven Sinne handelt, da die beiden anderen Konstitutionen dieses Titels jedenfalls nur dahin verstanden werden können. Die Gründe, welche er in dieser Beziehung für seine Behauptung aufstellt, können nicht überzeugen.[1])

Vielfach ist auch die Behauptung aufgestellt worden,

---

[1]) Gegen Lueders vgl. namentlich Zoll a. a. O., S. 422. — Dass allerdings consuetudo auch für die dauernde Ausübung eines subjektiven Rechts, namentlich einer Servitut, verwendet wird, lässt sich im übrigen nicht bestreiten, z. B. in fr. 1 § 22 de aqua et aquae pluv. arc. 39, 3; ferner in c. 1 de servitutibus et de acqua 3, 34; hier heisst es: longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere.

dass es sich in unserem Reskript um Mängel einer giltigen Rechtsgewohnheit handle, indem man nämlich auf die Worte aut rationem das Gewicht legte.[1]) Diese Auffassung wird hauptsächlich von Boehlau[2]) vertreten, welcher die Worte „aut rationem aut legem“ durch „die Vernunft oder ein wie die Vernunft unabänderliches Gesetz“ übersetzt. Man hat bei dieser Auslegung immer die gleichfalls viel umstrittene l. 39 eod. im Auge gehabt, in welcher error im Gegensatz zur ratio stehe[3]) und glaubt daher, dass in der vorliegenden Stelle der consuetudo das Erfordernis der rationabilitas fehle, dass mithin kurz eine sogenannte irrationale Gewohnheit in Frage stehe. Unerfindlich bleibt jedoch bei dieser Annahme, wie Konstantin dann noch von einer „non vilis auctoritas“ sprechen könnte. Ausserdem ist m. E. die Uebersetzung von ratio durch Vernunft unzutreffend. Denn würde man die Geltung des Gewohnheitsrechts von diesem Erfordernis abhängig machen, so würde der Bestand des Gewohnheitsrechts in das subjektive Ermessen des Richters gestellt sein,[4]) da über den Begriff des „Vernünftigen“ eine Uebereinstimmung nicht erzielt werden wird.[5]) Jedenfalls

[1]) Unter den Glossatoren teilte Bulgarus, einer der vier berühmten doctores um 1150, diese Ansicht.

[2]) Boehlau: Mecklenburger Landrecht, Bd. I, S. 337 ff.

[3]) Richtige Uebersetzung dieser Stelle wohl bei Zitelmann a. a. O. S. 348; vgl. über dieselbe insbesondere auch noch Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 21 u. 22.

[4]) Der Richter ist aber verpflichtet, nach den Normen des positiven Rechts und nicht nach den Vorschriften eines allgemeinen Vernunftsrechts zu entscheiden; er hat, wie Puchta a. a. O. III, S. 52, vgl. S. 61, ausspricht, nicht de jure, sondern secundum jus zu urteilen.

[5]) Puchta a. a. O. III, S. 51: Die Vernunft ist gleich einem weissen Blatt, das jedem mitgegeben ist und von jedem mit den verschiedensten Sätzen beschrieben wird, vgl. auch a. a. O. S. 52.

enthält endlich ein allgemeines Gewohnheitsrecht die Vernunft des betreffenden Volks und muss daher für dasselbe auch rechtliche Wirkung haben.[1])

Ganz unbegründet ist die Annahme, es sei von Gewohnheiten die Rede, welche unterbrochen seien. Die Stelle bietet hierzu nicht den geringsten Anhalt. Das Gleiche gilt von der Auslegung, welche kursächsische Praktiker wie Berger, Wernher, Schilter u. a. der Stelle angedeihen liessen, indem sie verlangten, dass die Gewohnheit nur dann einem Gesetze derogiere, wenn sie gerichtlich im kontradiktorischen Verfahren anerkannt sei, wenn sie actus contradictorio judicio obtentos enthalte. Es müsse, wie Leyser behauptet, eine desuetudo contradicto judicio firmata vorliegen, d. h. es müsse vom Richter auf den Nichtgebrauch des Gesetzes infolge Widerspruchs des Gegners erkannt sein. Die Veranlassung zu dieser Interpretation bot das fr. 34 des legibus 1, 3 von Ulpian, in welchem dem Richter der Rat erteilt wird, sich zu erkundigen, ob das von einer Partei behauptete Gewohnheitsrecht bereits einem Urteilsspruche zu Grunde gelegt sei.[2]) Dies ist ganz

[1]) Es kann daher etwas vernunftwidriges, welches jedoch dem betreffenden Volke als vernunftgemäss erscheint, durch Gewohnheit zum Rechte werden und selbst später nach erkannter Unvernunft dennoch rechtliche Wirksamkeit behalten, indem man dasselbe aus anderen Gründen, namentlich der Zweckmässigkeit, auch weiterhin für notwendig hält. Das klassische Beispiel für die Römer bietet die Sklaverei, denn sie ist contra naturam, vgl. fr. 4 § 1 de statu hominum 1, 5, vgl. hierzu A. Schmidt a. a. O. S. 17 u. 18; Sturm: Recht und Rechtsquellen, S. 159. Gegen die Uebersetzung von ratio dnrch Vernunft vgl. auch Puchta a. a. O. I, S. 100, Windscheid a. a. O. S. 48 Anm. 3; Busch a. a. O. S. 209—211.

[2]) Schon das Scholion zu den Basiliken versteht die Stelle in der Weise, dass bei jedem Gewohnheitsrecht gefragt werden müsse, ob es gerichtlich anerkannt sei: *χρὴ πρότερον ἐξετάζειν, εἰ φιλονεικίας ποτὲ γενομένης περὶ ταύτης τῆς συνηθείας ὑῆρος δικαστικὴ ταύτην ἐκύρωσεν.*

erklärlich, denn alsdann hat der Richter ein Erkenntnismittel für die Existenz des Gewohnheitrechts, welchem gewiss eine beträchtliche Wirkung, namentlich im Falle des Streitens des Gegners, zukommt. Hierin kann jedoch ein wesentliches Moment nicht gesehen werden, da eine Entscheidung ja immer die erste sein muss, und zwar die gefällte Sentenz von dem Bestehen des Gewohnheitsrecht abhängig ist, nicht aber Letzteres von der richterlichen Entscheidung bestimmt werden kann. Auch ist zu beachten, dass bei der festen Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts eine richterliche Entscheidung garnicht verlangt werden wird.[1])

Einige verstehen unter consuetudo eine solche Gewohnheit, die noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat, indem sie dazu noch die Genehmigung des Gesetzgebers verlangen.[2]) Diese Auffassung findet sich in den verschiedensten Nuancen vor, kann aber jetzt im allgemeinen als überwunden angesehen werden, wenn sie auch dann und wann wieder hervortritt. So verlangte man zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine im voraus erklärte Bestätigung aufkommender Gewohnheiten, einen sogenannten consensus generalis legislatoris oder consensus legalis, indem man die Worte „sui momento“ zur Unterstützung dieser Auffassung heranzog. Die Gewohnheit thue nämlich an sich dem Gesetze keinen Abbruch, sie vermöge dies nicht durch

---

[1]) Ausserdem handelt es sich in der l. 34 cit. höchstwahrscheinlich überhaupt nur um eine partikuläre Gewohnheit schon wegen der Zusammenstellung mit provincia, indem civitas hier mit Stadt und nicht mit Staat zu übersetzen ist, vgl. Guyet a. a. O. S. 31.

[2]) Mannigfache Ansichten früherer Vertreter dieser Theorie zählt auf: Dvorzak a. a. O. S. 61 u. 62.

sich selbst (sui momento), es müsse vielmehr noch ein momentum hinzukommen und dies sei eben der Wille des Gesetzgebers. Dies ist namentlich die Ansicht von Kloetzer, welche er in breiter Weise in seinem „Versuche eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht" auseinandersetzt.[1]) Oder man verlangte, dass die Genehmigung des Gesetzgebers, wenn auch nur stillschweigend, zu Tage getreten sei (sogen. consensus imperantis specialis). Bereits die Glossatoren Azo und Accursius setzen zur Giltigkeit einer consuetudo generalis voraus, dass princeps eam patitur. Diese Anschauung wird von Thibaut[2]) vertreten. Nach ihm haben den Gesetzen widerstreitende Gewohnheiten im römischen Recht nur dann Geltung, wenn sie vom Regenten speziell genehmigt sind. Aehnlich äussert sich Pufendorf:[3]) quod semel publicae utilitatis vel tranquillitatis causa constitutum est, id solo usu populi contrario in desuetudinem abire nequit, nisi Principis vel legislatoris consensus intervenisse intelligatur. Auch der holländische Jurist Voet[4]) ist Anhänger dieser Lehre: die vom Kaiser sanktionierten Gesetze (sancitas a Principo constitutiones) könnten usu contrario nicht aufgehoben werden, nisi de tacito Principis consensu ac conniventia constet.[5]) Er erklärt die

[1]) Vgl. insbesondere S. 120 – 122 der citierten Schrift.

[2]) Thibaut: Pandekten, Bd. I, S. 32.

[3]) Pufendorf: „observationes juris universi" observatio CXVIII de legum desuetudine, S. 402.

[4]) Bd. I, S. 18—20.

[5]) In modifizierter Gestalt ist die Gestattungstheorie wieder von Ruemelie: Das Gewohnheitsrecht in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, neue Folge, 15. Band, verteidigt, vergl. insbesondere S. 191—193, 204, 210 –211, 216 u. a. auch 208. S. 204: „Der staatliche Wille ist in erster Linie die Grundlage der Geltung des Gewohnheitsrechts".

c. 2 cit. durch das monarchische Princip (monarchicum regimen) der Regierung Konstantins.[1]) Die gleiche Auffassung wird von Cocceji[2]) vertreten. Er gesteht der Gewohnheit nur dann derogatorische Kraft zu, si princeps tacite consentit, illamque adeo consuetudinem ipso facto probet. Auch er unterscheidet den status popularis und den status regius.

Die historische Schule hat sich den Ruhm erworben, diese Gestattungstheorien, um mit Zitelmann[3]) zu sprechen, in ihrer ganzen Haltlosigkeit darzuthun. Das Gewohnheitsrecht hat seit Alters her gegolten, wenn auch nicht gerade, bevor ein Gesetzgeber da war, wie Puchta[4]) richtig ausführt, so doch aber jedenfalls eher, als der Gesetzgeber über den Geltungsgrund desselben nachgedacht hat, oder anders ausgedrückt, es ist eine garnicht zu leugnende Thatsache, dass die Rechtsgewohnheiten die Anerkennung des Gesetzgebers gehabt haben, bevor eine gesetzliche Normierung dieser Anerkennung stattgehabt hat, ja überhaupt hat stattfinden können. Geht man auf die Anfänge des Staats- und Rechtslebens zurück, so ergiebt sich schon deshalb mit Notwendigkeit, dass die Staatsgewalt garnicht der Grund für die Giltigkeit des Gewohnheitsrechts sein kann, da der Staat selbst, wie Eingangs angedeutet, eine gewohnheitsrechtliche Basis hat, denn die sittliche Ueberzeugung des Volkes, dass der Staat zum gemein-

[1]) Die Gewohnheit galt als die angemasste Gesetzgebung der Unterthanen; daher forderte man zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit, dass sie vom Gesetzgeber gebilligt sei. Es hängt diese Anschauung eng zusammen mit der später zu berührenden Unterscheidung zwischen Republiken und Staaten mit monarchischer Verfassung.

[2]) Samuelis de Cocceji: jus civile controversum S. 54—57.

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 364.

[4]) Puchta a. a. O. II, S. 137 u. 143; vgl. auch Regelsberger a. a. O. S. 330 u. 335.

schaftlichen Zusammenleben notwendig ist, ist nach der jetzt allgemein angenommenen Hegelschen Theorie der Rechtsgrund, welcher die Menschen überhaupt veranlasst hat, zum Staate überzugehen. Die Recht schaffende Kraft des Gesetzes in dem Moment, in welchem eine Gesetzgebung bei einem Volke zum ersten Male ins Leben trat, beruhte doch nur auf der gemeinsamem Ueberzeugung und dem gemeinsamen Willen der Rechtsgenossen, dass dem Gesetze als solchem Verbindlichkeit zukommen solle.[1]) Selbst zugestanden, der Gesetzgeber habe die Macht, Gewohnheitsrecht zu verbieten[2]) und könnte derselbe demnach die Gesetzgebung zur einzigen Rechtsquelle erheben, so ist doch damit nicht bewiesen, dass das Gewohnheitsrecht dem Gesetz seine Existenz verdankt. Wer dies behauptet, verwechselt die positive Ursache[3]) mit der Abwesenheit einer hindernden Bedingung, und es gilt hier noch immer der berühmte Ausspruch Puchtas:[4]) „Man ist doch nicht darum Ursache des Lebens seines Nachbarn, weil man ihn totschlagen kann".

Ausserdem setzt eine stillschweigende Zustimmung — es wird dies vielfach übersehen — immer die

[1]) Vgl. namentlich Puchta a. a. O. II, S. 209—210; Eisele a. a. O. S. 299; Regelsberger a. a. O. S. 335.

[2]) Denn auf dieses Moment stützt sich jene Theorie hauptsächlich.

[3]) Stahl: Rechtsphilosphie Bd. II, S. 238 nennt den Gesetzgeber, insofern er die Gewohnheit verbieten könne und nicht verbietet, negative Ursache derselben, ebenso Waechter: Württembergisches Privatrecht, Bd. II, S. 37 ff. Damit ist aber garnichts gesagt; denn in gleicher Weise kann der Gesetzgeber auch ein früheres Gesetz aufheben, er braucht dies aber nicht zu thun. Es ist damit lediglich der Satz: lex posterior derogat priori anerkannt, Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 328 u. 333; Zitelmann a. a. O. S. 364; Sturm: Der Kampf etc. S. 26.

[4]) Puchta a. a. O. I, S. 210.

Kenntnis der betreffenden Gewohnheit von Seiten des Gesetzgebers voraus,[1]) denn man kann nichts wollen, wovon man kein Bewusstsein hat; es müsste daher bis zur erlangten Nachricht davon der Gewohnheit die Geltung abgesprochen werden. Mithin müsste stets der Hinzutritt der Genehmigung in jedem einzelnen Falle ebenso wie die Uebung selbst bewiesen werden. Da aber eine solche Forderung nie gestellt worden ist, so ergiebt sich schon daraus hinreichend, dass diese Theorie jeder Realität entbehrt. Aus blossem Schweigen anzunehmen, der Gesetzgeber habe die Gewohnheit gebilligt, ist und bleibt eine Fiktion.[2]) Selbst aus dem Wissen und Dulden der Uebertretung des Gesetzes folgt noch nicht das Einverständnis des Gesetzgebers hiermit. Denn mit gleichem Rechte kann auch angenommen werden, dass der Gesetzgeber den Augenblick zum Einschreiten gerade nicht für günstig hält und sich die Erklärung der Missbilligung für später vorbehält.

Ist ferner die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt verfassungsmässig an bestimmte Voraussetzungen gebunden, so ist damit eine stillschweigende Genehmigung für unzulässig erklärt.[3]) Beim consensus expressus ist es endlich garnicht die Gewohnheit, welche das Gesetz aufhebt, sondern der Wille des Regenten, welcher den

---

[1]) Aus diesem Grunde ist auch früher von einigen Juristen als besonderes Erfordernis für die Gewohnheit die Oeffentlichkeit derselben aufgestellt worden und die c. 2 dahin verstanden worden, dass hier eine heimlich geübte Gewohnheit gemeint werde, der wegen Mangel der Oeffentlichkeit derogatorische Kraft nicht zukommen könne. Vgl. Sturm: Der Kampf etc. S. 27 u. 28 und Puchta a. a. O. III, S. 39—42.

[2]) Regelsberger a. a. O. S. 336.

[3]) Windscheid a. a. O. S. 44, Anm. 1 und Sturm: Recht und Rechtsquellen S. 154.

in der Uebung hervortretenden Rechtssatz sanktioniert. Die Gewohnheit kommt somit in diesem Falle garnicht als Rechtsquelle in Betracht. Sie wird vielmehr durch eine derartige Sanktion in ein Gesetz verwandelt.[1])

Eine andere Ansicht geht dahin, dass in der c. 2 cit. nicht vom Gewohnheitsrecht überhaupt, sondern von einer mit dem Sinne des Gesetzes unvereinbaren Auslegung, die allerdings durch Gewohnheit befestigt sei, also von einer Usualinterpretation gesprochen werde. Die Stelle selbst bietet hierzu nicht die geringste Unterstützung. Auch ist nicht anzunehmen, dass gerade dieser Art der authentischen Interpretation eine solche Schranke gezogen werden sollte, da es doch an anderer Stelle, nämlich im fr. 37 de legibus 1, 3 heisst: optima est enim legum interpres consuetudo.[2]) Auch der Ausspruch von Paulus in fr. 23 eodem: „minime sunt mutanda ea, quae interpretationem certam semper habuerunt“ spricht gegen obige Annahme. Der Billigkeit würde es gleichfalls widersprechen, wenn ein Gesetz, das lange Zeit hindurch missverstanden wurde, in seinem angeblich wahren Sinn der Wirklichkeit wieder aufgedrängt würde. Denn die Gewohnheit hat an Stelle des Gesetzes selbständige Autorität gewonnen und muss deshalb auch die Lebensverhältnisse bestimmen. Ebenso liegt es auch, wenn durch Gewohn-

---

[1]) Dass eine derartige spezielle Approbation bei lokalen, den Gesetzen widerstreitenden Gewohnheiten vorgekommen ist, wird verschiedentlich bezeugt, z. B. in c. 31 § 2 de testamentis 6, 23: in illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere.

[2]) cf. auch fr. 38 eodem, welches denselben Gedanken ausspricht.

heit in das Gesetz etwas hineingetragen wird, was in ihm selbst nicht enthalten ist.[1])

In gleicher Weise wie „consuetudo“ ist auch „lex“ sehr verschieden ausgelegt worden, indem man in diesem Worte das punctum saliens zu finden glaubte. Eine ältere jetzt vollständig in den Hintergrund getretene Auffassung[2]) nahm an, dass Konstantin im vorliegenden Falle garnicht einen allgemeinen Grundsatz aussprechen wolle, sondern nur in concreto bestimme, dass der lex, auf welche in der Anfrage Bezug genommen wurde, nicht durch eine Gewohnheit derogiert werden solle. So einfach und harmlos nun auch dieser Ausweg ist, so genügt doch, ganz abgesehen von anderen Bedenken, schon allein der Hinweis darauf, dass jeder in das justinianische Rechtsbuch aufgenommene Ausspruch nach des Kaisers Intentionen den Charakter einer Rechtsregel erhalten hat, um diese Ansicht als ganz unhaltbar zu kennzeichnen.

Weit verbreitet ist die Vorstellung, dass in der c. 2 cit. nur von absoluten, zwingenden, nicht aber etwa von dispositiven, vermittelnden Gesetzen die Rede sei.[3]) Hofacker, Mühlenbruch[4]), Seuffert, Fritz, Thoel und andere

---

[1]) Obige Auslegung der c. 2 cit. findet sich bei Glueck: Einleitung zum Studium des römischen Rechts S. 44 45; vgl. hierüber auch Savigny a. a. O. Bd. I, S. 426, Anm.: Zitelmann a. a. O. S. 410 und Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, S. 156.

[2]) Vgl. gegen obige Auslegung Savigny a. a. O. I, S. 143; Puchta a. a. O. S. 204, Anm. 4; Dernburg a. a. O. Bd. I, S. 81, Anm. 18: Justinian hat jeden Spruch mit Gesetzeskraft bekleidet.

[3]) Vorläufer dieser Lehre war die schon unter den Glossatoren vertretene Ansicht, dass eine Derogation nur bei solchen Gesetzen zulässig sei, die durch einen Vertrag abgeändert werden könnten; vgl. Puchta a. a. O. III, S. 208.

[4]) Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts S. 103 u. 106, Note 13.

sind Verteidiger dieser Meinung. Zunächst ist es aber nicht glaubhaft, dass schon die Römer so scharf absolute und dispositive Gesetze unterschieden haben. Diese Einteilung rührt vielmehr erst von den neueren Juristen her. Wäre Letzteres nicht der Fall, so würde dies nur ein Grund mehr gewesen sein, diese Unterscheidung hier, wo sie wesentlich ist, auch in den Worten selbst zum Ausdruck zu bringen. Die Folgerung von Fritz,[1]) es könnten im fr. 32 cit. nur subsidiäre Gesetze in Frage kommen, da aus c. 2 cit. ersichtlich sei, dass desuetudo bei absolut ge- und verbietenden Gesetzen nicht vorkommen könne, enthält eine petitio principii, da gerade c. 2 cit. ganz allgemein von Gesetzen spricht. Seuffert[2]) bemerkt noch, dass von einem dispositiven Gesetze garnicht der Ausdruck „es werde besiegt“ gebraucht werden könne, da es garnicht kämpfe; dass dagegen das absolute Gesetz unüberwindlich sein wolle gleichwie die kategorischen Imperative der Vernunft.[3]) Bedeutend schwächt er jedoch seine Behauptung ab, wenn er hinterher[4]) zugesteht, dass dann, wenn Prohibitivgesetze längere Zeit durch öffentliche Handlungen übergangen seien, und die gesetzgebende Gewalt für ihre Aufrechterhaltung nichts gethan habe, dieselben allerdings dann durch die an sich widerrechtliche Gewohnheit aufgehoben seien, indem Letztere vermutlich die Genehmigung der Staatsgewalt erlangt habe.

An und für sich stehen jedoch Dispositivgesetze in ihrem Wesen den absoluten durchaus nicht nach. Auch sie enthalten einen Imperativ, ein Gebot, dass

---

[1]) Fritz: Erläuterungen zu Wenings Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, S. 36—38.

[2]) Seuffert: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 11, S. 360.

[3]) Daher also die Verbindung von lex und ratio.

[4]) A. a. O. Anm. 10.

etwas Recht sein soll. Während aber bei den absoluten Gesetzen jede Abweichung durch Privatwillen verboten ist, kann hier durch Parteibelieben gegebenen Falls etwas Anderes bestimmt werden. Nach obiger Ansicht handelt es sich aber garnicht um die Ausschliessung der Anwendung eines Dispositivgesetzes, so dass dieses selbst fortbesteht und in denjenigen Fällen, in welchen die Parteien von der ihnen zustehenden Befugnis keinen Gebrauch gemacht haben, auch fernerhin zur Geltung kommt, sondern um die Einführung einer Gewohnheit, eines neuen Rechtssatzes, welcher notwendig die Beseitigung des Gesetzes selbst, die Vernichtung seiner Existenz herbeiführt. Mithin liegt dieselbe Kollision vor, als wenn eine Gewohnheit mit einem zwingenden Gesetz in Widerspruch tritt, denn auch das Dispositivgesetz will unumschränkt dort herrschen, wo nicht zulässigerweise die Parteien etwas Anderes verabredet haben.[1])

Vielfach ist auch der Versuch gemacht worden, und zwar u. a. von Eichhorn,[2]) das Gewohnheitsrecht in den Rahmen der Autonomie zu zwängen, eine Anschauung, welche mit der zuvor erwähnten eng verwandt ist. Hiernach wird eine derogatorische Gewohnheit nur insoweit anerkannt, als sie die Grenzen autonomer Bestimmungen nicht überschreitet.[3]) Es wird jedoch hierbei übersehen, dass das Gewohnheits-

---

[1]) Vgl. hierzu Puchta a. a. O. S. 208—209. Busch a. a. O. S. 198—201; Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 29 u. 30; Gesterding a. a. O. S. 165—170.

[2]) Vgl. auch Runde: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatsrechts S. 2 (hier ist allerdings diese Thorie noch nicht scharf durchgeführt, sondern nur angedeutet).

[3]) Vgl. dagegen Puchta a. a. O. II, S. 207—208, vgl. auch II, S. 159—160; Zitelmann a. a. O. S. 366; Guyet a. a. O. S. 21.

recht in erster Linie vom Volke, von der Nation[1]) ausgeht, während die Autonomie von korporativen Verbänden innerhalb des Staates ihren Ausgang nimmt. Ferner handelt es sich bei der Autonomie stets nur um gesetzes Recht[2]) und unterscheidet sich dieselbe namentlich dadurch von der Observanz, d. i. dem Gewohnheitsrecht, welches sich innerhalb solcher Verbände bildet.

Alle Schwierigkeit hebt sich, meint Vangerow,[3]) wenn man c. 2 cit. von einem Falle versteht, wo der Gesetzgeber selbst von vornherein eine sich etwa künftig dagegen bildende Gewohnheit untersagt hat. Denn wollte man der Gewohnheit ganz die Kraft eines Gesetzes verleihen, so müsste auch eine derartige Klausel, gleichwie bei einer lex in perpetuum valitura, wirkungslos sein. Eine solche Frage sei nun dem Kaiser vorgelegt worden, der darauf in c. 2 cit. die Kraft der clausula derogatoria gegenüber einer Gewohnheit anerkenne, eine Entscheidung, die auch mit dem rechtlichen Fundament des Gewohnheitsrechts sehr gut harmoniere.

Diese Ansicht dürfte ebenfalls unhaltbar sein, da aller Nachweis fehlt, dass dem Kaiser ein derartiger Fall, wie Vangerow unterstellt,[4]) vorgelegen habe; im Reskript selbst ist nicht von einer lex in specie, sondern ganz allgemein von einer lex die Rede. Zu-

---

[1]) Nach der historischen Schule sogar allein, vgl. Puchta a. a. O. III, S. 216. Von diesem Standpunkte aus musste Puchta zur Negation eines wahren Gewohnheitsrechts in der Kirche kommen, III, S. 267—269, 274, vgl. auch Zitelmann a. a. O. S. 423.

[2]) Ueber den Begriff der Autonomie vgl. Beseler, System des deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 97 u. 98.

[3]) Vangerow: Pandekten, Bd. I, S. 44.

[4]) Ob überhaupt eine derartige Klausel die gewollte Wirkung haben würde, mag hier unerörtert bleiben. Es ist gerade in neuester Zeit dies von verschiedenen Juristen verneint worden. Doch darf

dem ist im ganzen corpus juris nicht einmal eine Andeutung von einer derartigen Klausel zu finden.[1])

Einer der neuesten Versuche rührt von dem italienischen Juristen Landucci[2]) her. Derselbe stellt für lex eine ganz neue Erklärung auf, indem er darunter das göttliche Gesetz, das Christentum, verstanden wissen will. In diesem Sinne sei es von Konstantin sechs Jahre nach seiner Bekehrung (die Konstitution stammt aus dem Jahre 319) somit nach dem mailänder Edikt gebraucht. Prokulus, der vom Kaiser mit religiösen Reformen beauftragt gewesen sei, habe in der c. 2 cit. die Weisung erhalten, dass die alten Gebräuche der heidnischen Bevölkerung, wenn sie auch sonst zu respektieren seien, doch der neuen Religion gegenüber ihre Anwendung verlieren sollten.

Er muss sich von seinem Landsmann Scialoja darauf erwidern lassen, dass im corpus juris oder im corpus Theodosianum — auf diese hatte sich Landucci berufen — lex allein niemals in dieser Bedeutung vorkomme, es heisse vielmehr immer lex Catholica, lex Christiana oder cultus legis nostrae; sodann habe das Mailänder Edikt bekanntlich nur die Freiheit der christlichen Religion proklamiert, sie jedoch keineswegs zur Staatsreligion erhoben. Damit dürfte denn wohl auch diese Auslegung ihre Erledigung gefunden haben.

---

wohl kaum bezweifelt werden, dass durch eine solche Bestimmung die Bildung eines derogierenden Gewohnheitsrechts auf lange Zeit hin gehindert würde. Vgl. u. a. Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 39—45.

[1]) Vgl. Busch a. a. O. S. 207; A. Schmidt a. a. O. S. 25, Anm. 3; Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 27.

[2]) Siehe kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von M. Seydel, neue Folge, Bd. XI, S. 54—55.

Busch[1]) findet in der Stelle ausgesprochen, dass eine alte Gewohnheit nicht nur einem später erlassenen Gesetze, sondern auch neueren allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen weichen müsse. Mit letzterem Ausdruck übersetzt er ratio; die Worte aut legem seien offenbar nur zur Vervollständigung des Satzes beigefügt. Wahrscheinlich habe Konstantion den § 11 J. de jure naturae 1, 2[2]) vor Augen gehabt und in völliger Uebereinstimmung mit demselben reskribiert; er könne sich von der Idee nicht trennen, dass die Worte der c. 2 cit. mit den Worten der Institutionenstelle tacito consensu omnium und die Worte „aut legem" in der ersteren, mit den Worten „vel alia postea lege data" der letzteren auffallend korrespondierten; nur sei es dem Gesetzgeber wohl nicht mit seinen Regierungsmaximen vereinbar erschienen, den Ausdruck consensus omnium, also den Volkswillen, zu gebrauchen und habe er ihn durch ratio in der Bedeutung von herrschender Rechtsansicht, welche ja ohne den ersteren auch nicht denkbar sei, ersetzt. Diese Erklärung dürfte doch wohl zu gesucht sein, bemerkt hierzu Brinkmann[3]) und gewiss nicht mit Unrecht. Es giebt auch gar keinen rechten Sinn, hier von einer neuen ratio zu sprechen, wenngleich es andererseits allerdings nur konsequent ist, bei Annahme des Gegensatzes von einer alten consueduto und einer neuen lex nun zu glauben, dass hier eine neue ratio gemeint sein müsse.[4])

---

[1]) Busch a. a. O. S. 207—215.

[2]) Ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi vel alia postea lege data.

[3]) Brinkmann a. a. O. S. 23, Anm. 5, vgl. auch Fritz a. a O. S. 37.

[4]) Eine ähnliche Auffassung wie bei Busch findet sich schon bei Baldus de Ubaldis, vgl. Puchta: Pandekten S. 21, A. p. In

Häufig findet man auch ausgesprochen, dass in der in Rede stehenden Konstitution eine Kollision von Gesetz und Gewohnheit überhaupt nicht vorliege. Konstantin wolle nur sagen, dass die Gewohnheit als solche (sui momento) d. h. blos, weil sie eine Gewohnheit sei, dem Gesetze nicht vorgehe; damit sei aber keineswegs als Grundsatz aufgestellt, dass die Gewohnheit niemals das Gesetz abzuschaffen vermöge. Dies könne sie allerdings, und zwar dann, wenn sie den Vorzug des jüngeren Alters habe, also jus posterius werde. So einfach und klar auch diese bereits unter den Glossatoren vertretene Uebersetzung ist, und so sehr auch weiter anzuerkennen ist, dass sie sich streng an den Wortlaut des Textes hält und nicht zu ausserhalb liegenden Mitteln ihre Zuflucht nimmt, so ist doch schwer zu begreifen, wie Konstantin auf eine Anfrage einen derartigen Bescheid hat geben können. Schon Huber bemerkt dazu: „quis credat Constantinum voluisse quasi more scholastico decidere, utra sit praestantior lex an consuetudo?“ [1])

Contius unterscheidet scharf legem vincere und legem abrogare. Zwar könne durch Gewohnheit ein Gesetz aufgehoben werden (dies nenne man legem abrogare), nicht jedoch könne die Macht des Gesetzgebers der Art eingeschränkt werden, dass er nicht durch ein neues Gesetz wieder die Gewohnheit beseitigen dürfe. Letzteres sei mit legem vincere gemeint.

Vincere kommt jedoch auch sonst in der Bedeutung von ab- oder derogare vor; so befindet sich

---

ähnlicher Weise versteht auch Brinz: Pandekten, S. 151, das Rescript, denn nach ihm spricht dasselbe von einem alten Herkommen, welches der besseren Einsicht und dem neueren Gesetze weichen müsse.

[1]) Gegen obige Ansicht: Guyet a. a. O. S. 24; Brinkmann a. a. O. S. 23, Anm. 5.

z. B. in den Annalen des Tacitus lib. II c. 51 die Stelle: victa est sine dubio lex (es ist die Rede von der lex Papia Poppaea), sed neque statim et paucis suffragiis, quo modo etiam, cum valerent leges vincebantur.[1]) Ebenso ist Gesterding[2]) der Ansicht, dass es sich garnicht darum handle, ob eine Gewohnheit ein Gesetz aufheben könne. Er versteht die Stelle in folgender Weise: wenn Gesetze und Gewohnheiten in Kampf träten (auf diesen Kampf gehe vincere), so trüge das Gesetz über die Gewohnheit den Sieg davon, nicht als ob es darauf ankomme, ob eine Gewohnheit ein Gesetz aufheben könne — dies könne sie freilich[3]) —, sondern man müsse an einen Fall denken, wo Gesetz und Gewohnseit abgesehen hiervon in Widerstreit geräten in der Weise, dass die Frage entstehe, welches von beiden in einem vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringen sei. Gesterding nennt als Hauptbeispiel die Notwendigkeit einer analogen Entscheidung, d. h. wenn eine ausdrückliche Rechtsnorm für den zu beurteilenden Gegenstand fehlt. Hier habe nun das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Schwer begreiflich dürfte es wohl sein, wenn Konstantin von solch einem formalen Gesichtspunkte aus dem richterlichen Ermessen derartig enge Schranken gesetzt hätte, denn gerade bei der Analogie muss nach ganz anderen Regeln verfahren werden, indem diejenigen Normen anzuwenden sind, welche der Eigenart des einzelnen Falles am besten angepasst sind, mögen dieselben aus dem jus scriptum oder non scriptum stammen. Zum Glück bieten Konstantins Worte zu

[1]) Gesterding: Ausbeute a. a. O. S. 153.

[2]) Gesterding im Archiv für civilistische Praxis, S. 279 280.

[3]) Wenn sie nämlich Entwöhnung (desuetudo) oder als einführende Gewohnheit auf die Aufhebung gerichtet sei.

Gesterdings Annahme auch nicht den geringsten Anlass. Gesterding hat es wohl auch ein wenig selbst gefühlt, denn er bringt an anderer Stelle[1]) noch eine zweite Erklärung, wobei er aber übersieht, dass diese mit der erstgedachten in einem ausschliessenden Verhältnisse steht. Er legt hierbei wieder die Unterscheidung von desuetudo und consuetudo contraria zu Grunde, indem die erstere das Gesetz immer, die letztere nur, wenn damit eine Nichtbefolgung verbunden sei, aufhebe, andernfalls würde die einführende Gewohnheit nicht das Gesetz überwinden, sondern, solange das Gesetz befolgt würde, von diesem überwunden werden. Diese Distinktion führt jedoch, wenn man sie näher betrachtet, zu dem eigentümlichen Ergebnis, dass mit der Einführung einer neuen Gewohnheit immer das Nichtbefolgen des Gesetzes und folgeweise nach Gesterding dessen Aufhebung notwendig und unzertrennbar verbunden sein muss.[2]) Zudem ist Gesterding ein Beleg dafür, wie sich willkürliche Entscheidungen in Menge ersinnen lassen, wenn man nicht in den zu erklärenden Worten selbst fusst.

Auch Esser[3]) findet nur die Gleichberechtigung des Gewohnheitsrechtes mit dem Gesetzesrecht in unserer Stelle ausgesprochen. Wenn nun trotzdem ein jüngeres Gesetz und eine neuere Gewohnheit einem früheren Rechtssatze derogierten, so thäten sie dies nicht sui momento, sondern das Zeitalter, welches sie erzeugte, sowie der veränderte Wille des Volkes und seiner Vertretung wären das momentum, das ihnen die

---

[1]) Gesterding: Ausbeute etc. a. a. O. S. 164.

[2]) Gegen Gesterding vgl. namentlich Busch a. a. O. S. 200—204.

[3]) Esser: Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, S. 26—32.

Kraft verliehe, altes und unpraktisches Recht durch neue und lebendige Normen zu ersetzen.

Man darf wohl dem Kaiser Konstantin ähnliche philosophische Exkurse nicht zumuten, besonders wo es sich hier um eine Anfrage in einem konkreten Falle handelt.[1])

Eine eigentümliche Deutung giebt Jaeger[2]) unserer Konstitution. Er ist nämlich der Meinung, dass es sich hier um einen konkreten Fall handle, bei dem es fraglich geworden sei, ob eine bestehende Gewohnheit oder eine ebenfalls noch gültige lex zur Anwendung kommen solle. Bei einem solchen Zusammentreffen gebühre nun nach Konstantins Entscheidung der lex der Vorrang. Auch dieser Ausweg muss als ein verfehlter bezeichnet werden, da der gedachte Vorfall garnicht vorkommen kann, weil nämlich entweder der in der Gewohnheit liegende Rechtsgedanke so häufig geübt worden ist, dass daraus wirkliches Recht, welches notwendig entgegenstehendes älteres gesetzliches Recht beseitigt, entstanden ist, oder die mehrfach geschehene Nichtbefolgung eines Gesetzes im Wege der Gewohnheit noch nicht selbständige Rechtskraft erlangt hat, da dann eben das Gesetz nach wie vor trotzdem in Geltung bleibt.[3])

Kaum glaublich ist, was Mevius in Konstantins Reskript entdeckt hat. Nach ihm besagt dasselbe

---

[1]) Jaeger in Lindes Zeitschrift Bd. 9, S. 430 und Guyet a. a. O. S. 24, Note 38.

[2]) Eine ähnliche Auffassung wird schon von Averani vertreten: Die Worte sui momento werden m. E. durch *αὐθεντία* in den Basiliken nicht wiedergegeben, vgl. Gesterding: Ausbeute etc. a. a. O. S. 148 u. 154.

[3]) Gegen Jaeger vgl. Guyet a. a. O. S. 24 und Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 30.

Folgendes: Wenn ein Gesetz bereits ausser Gebrauch gekommen sei, und das Gegenteil Gewohnheit geworden, so solle letztere giltig sein; solange aber das Gesetz noch in lebendiger Uebung sich befände, könne ihm eine entgegenstehende Gewohnheit keinen Abbruch thun.[1]) Guyet[2]) nennt diese Deutung die Palme der Absonderlichkeit und gewiss mit Recht, denn ein Gesetz in lebendiger Uebung und eine entgegenstehende Gewohnheit ist doch wohl eine contradictio in adjecto.

Nach Glueck[3]) ist der Sinn des Reskriptes der, dass zwar sonst eine alte Gewohnheit hohes Ansehen habe, dass sie aber nicht von solchem Gewichte sei, dass sie gegen die Vernunft und die gesetzliche Sanktion etwas gelten könne, mit anderen Worten, dass sie nicht durch ihre höhere Natur geschützt sei, sondern ganz gewiss durch ein späteres Gesetz aufgehoben werden könne. Etwas so Ueberflüssiges hat aber, wie Savigny[4]) treffend bemerkt, Konstantin gewiss nicht aussprechen wollen.[5]) Schmidt[6]) findet gleichfalls in c. 2 cit. nur ausgesprochen, dass die Rechtsgewohnheit keine höhere Dignität als das Gesetz habe. Ebensowenig habe allerdings auch letzteres eine höhere Dignität als die erstere. Er löst den Satz „consuetudo non vincit legem“ aus dem

---

[1]) Legem aut rationem non vincit consuetudo, quamdiu lex vivit seu nondum abrogata est etc.

[2]) Guyet a. a. O. S. 24, Note 37; vgl. auch Gesterding: Ausbeute a. a. O. S. 154.

[3]) Glueck, Kommentar, I. Teil, S. 516 u. 517.

[4]) Savigny a. a. O. Bd. I, S. 426, vgl. auch Kloetzer a. a. O. S. 92.

[5]) Sehr richtig bemerkt Braun in seinen „Erörterungen zu Thibauts Pandektensystem“ S. 28: Wie hätte überhaupt ein Beamter wagen können, dem despotischen Konstantin die Frage vorzulegen, ob er glaube, soviel Herr im Lande zu sein, dass er ein Herkommen verwerfen könne?

[6]) A. Schmidt a. a. O. S. 25 u. 26.

Zusammenhang der Stelle los und nimmt zu diesem einen doppelten Gegensatz als möglich an, nämlich: sed vincit lex consuetudinem und nec vincit lex consuetudinem. Er verwirft jedoch den ersteren und entscheidet sich für den letzteren.[1]) Auf diese Weise kommt er zu dem Resultate, dass lex und consuetudo einander gleichstehen.[2])

Die Entscheidung von Konstantin weist jedoch deutlich auf eine Kollision von Gesetz und Gewohnheit hin. Dass es aber den Römern in den Sinn gekommen sei, zwar der Gewohnheit gegenüber dem Gesetze derogatorische Kraft zuzuschreiben, aber daran zu zweifeln, ob auch ein Gesetz eine ältere Gewohnheit aufheben könne, ist schon an sich höchst unwahrscheinlich; zur Zeit Konstantins aber ist eine derartige Ueberschätzung des Gewohnheitsrechts garnicht denkbar. Es kann vielmehr nur die Frage sein, ob eine jüngere Gewohnheit die Kraft habe, ein älteres Gesetz aufzuheben.[3])

Ueberschaut man nunmehr die Fülle der Kontroversen, von denen allerdings hier nur die hauptsächlichsten näher betrachtet werden konnten, so ergiebt sich hieraus ein Doppeltes. Nämlich einmal zeigt sich überall das Bestreben, den Wortlaut des Reskripts auf jeden Fall mit Julians Ausspruch in Einklang zu bringen, indem stets die derogatorische Kraft der Rechtsgewohnheit im allgemeinen anerkannt wird, ein Bestreben, welches allerdings aus Gründen, die weiter unten noch angeführt werden, durchaus gerechtfertigt

[1]) Aehnlich schon Lopez: merito igitur dicitur consuetudinem non vincere legem in vigore nempe et vi; neque legem consuetudinem, vgl. Gesterding: Ausbeute etc. a. a. O. S. 153.

[2]) Auch Sturm: Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 36 u. 37, hält diese Auslegung für möglicher Weise zutreffend.

[3]) Vgl. Dernburg a. a O. I, S. 62, Anm. 5.

ist. Sodann ergiebt sich aber auch, dass fast alle Ausführungen an demselben Fehler leiden, indem die Worte nicht in ihrer einfachen Bedeutung genommen werden, sondern um jeden Preis etwas, was aus ihnen selbst nicht spricht, hineingelegt wird. Die notwendige Folge daraus ist, das in der Weise eine Uebereinstimmung garnicht erzielt werden kann, da ähnliche Unterscheidungen sich in beliebiger Zahl aufstellen lassen und keine von ihnen auf allgemeine Anerkennung je wird Anspruch machen können. Vielmehr lässt sich einerseits direkt darthun, dass die Stelle garnicht so verstanden werden kann, andererseits kann die Möglichkeit der Richtigkeit einer Auslegung zwar nicht bestritten werden, aber mit Hypothesen kann uns unmöglich genügt sein, wo es sich doch um eine feste Norm für die Praxis handelt. Warnkoenigs[1]) Ausspruch aus dem Jahre 1840, der Sinn der c. 2 cit. sei durch Savigny so befriedigend erklärt worden, dass wohl in der Folge der Streit als abgemacht erscheinen dürfte, hat sich nicht als zutreffend erwiesen. Es sind gerade seit dieser Zeit noch recht viele Interpretationsversuche aufgetaucht, und ganz gewiss ist ein Abschluss noch nicht erreicht. Wenn man auch die Geistesarbeit, welche auf diese Stelle verwandt ist, nicht gering anschlagen und als fruchtlos bezeichnen darf, so wird man doch aus den erwähnten Gründen sich keiner dieser Erklärungen anschliessen können und alle Versuche, der c. 2 cit. einen anderen Sinn zu geben, für gescheitert halten müssen.

Vielleicht dürfte unsere Stelle auch noch in

---

[1]) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 25, 1. Heft, S. 111—112. Warnkoenig: Dogmengeschichtliche Darstellung der lex commissoria beim Pfandrechte.

folgender Weise ausgelegt werden können. Versteht man unter ratio das System des geltenden Rechts[1]) oder die Gesamtheit der in einem Staate jeweilig geltenden Rechtsnormen, so weist die Disjunktion aut aut darauf hin, dass unter lex hier nicht ein gewöhnliches einfaches Gesetz verstanden werden kann, da ratio und lex im gegebenen Fall auf eine Stufe gestellt werden. Es muss diese lex daher besonders qualifiziert sein, sie muss von solcher Bedeutung sein, dass ihre Aufhebung durch Gewohnheit mit der Beseitigung der ganzen geltenden Rechtsordnung auf eine Linie zu stellen wäre. Es würde hiernach die Uebersetzung der c. 2 cit. etwa folgendermassen lauten: „Schwer ins Gewicht fallend ist ein langjähriger Brauch (denn es können bekanntlich selbst Gesetze durch ihn beseitigt werden), doch hat auch seine Kraft eine Grenze, denn ebensowenig wie das ganze geltende Rechtssystem, so kann auch nicht ein solches Gesetz, in welchem die jeweilige ratio juris gerade ihren prägnanten Ausdruck gefunden hat, so dass durch dessen Aufhebung auch das gesamte geltende Rechtssystem erschüttert werden würde, durch ihn beseitigt werden. Mit anderen Worten: gegen eine solche gesetzliche Verfügung, welche

---

[1]) Die Uebersetzung von ratio durch Vernunft kann hier, wie schon früher ausgeführt, m. E. nicht zutreffend sein. Ebenso oder ähnlich wie im Text wird ratio an dieser Stelle von Dvorzak a. a. O. S. 86 und 87, Busch a. a. O. S. 208, Fritz a. a. O. S. 39 und Esser a. a. O. S. 29 u. 30 verstanden. Dass ratio diesen Sinn haben kann, dürfte kaum zweifelhaft sein. Wenn Cicero z. B. von der Stoicorum ratio spricht, so ist damit die Philosophie, die Lehre oder das System der Stoiker gekennzeichnet. Auch findet sich bei ihm die Wendung „ratio civilis et disciplina populorum“, womit die Staatswissenschaft gemeint ist. Es ist nicht abzusehen, warum nicht ratio an dieser Stelle bei der Verbindung mit „lex“ als „System des geltenden Rechts“ übersetzt werden kann.

die Gesetzgebung eines Staates als Grundpfeiler der staatlichen Ordnung betrachtet wissen will, kann eine Volksgewohnheit nicht aufkommen. Von diesem Standpunkte aus würde auch der Brief von Plinius X, 116, der mehrfach erwähnt wird,[1]) sehr wohl verstanden werden können. Es ist hier von einer lex Pompeja die Rede, welche als lex municipalis für die civitates in Bithynien ergangen war. Ihrem Verbote, nicht Bürger anderer Gemeinwesen in den Senat aufzunehmen, entgegen hatte dennoch eine Gewohnheit dieses Inhalts seit langer Zeit Platz gegriffen. Als Plinius Statthalter von Bithynien wurde, fragt er nun bei Trajan an, ob die unter Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift in den Senat gekommenen auswärtigen Bürger ausgestossen werden sollten (Plinius X, 115). Trajan giebt darauf in einem Reskript seinen Ausspruch[2]) dahin ab, dass zwar von einer derartigen Massregel, um Verwirrungen zu vermeiden, abgesehen werden, die lex Pompeja aber in futurum streng beoabachtet werden solle. Er nennt die in Frage kommende Gewohnheit in seinem Reskript eine consuetudo usurpata und würde sich gewiss nun sehr wunderbar ausgedrückt haben, wenn er die consuetudo in diesem Falle für ein rechtmässiges Institut gehalten hätte. Auf der anderen Seite hält er das Schwanken des Plinius zwischen der gesetzlichen

[1]) Z. B. von Kloetzer a. a. O. S. 96 u. 97, ebenso von Puchta a. a. O. Buch I, S. 89.

[2]) Die hauptsächlich in Betracht kommenden Worte sind folgende: Nam et legis auctoritas et longa consuetudo usurpata contra legem in diversum movere te potuit. Mihi hoc temperamentum ejus placuit, ut ex praeterito nihil novaremus, sed manerent, quamvis contra legem, adsciti quarumque civitatum cives, in futurum autem lex pompeja observaretur: cujus vim si retro quoque velimus custodire, multa necesse est perturbari.

Autorität und der entgegenstehenden Gewohnheit für begründet und erkennt dadurch die Gleichwertigkeit beider Rechtsquellen im allgemeinen an. Das Zurückstehen der Gewohnheit im gegebenen Falle hat also lediglich in dem Charakter des gegenüberstehenden Gesetzes seinen Grund. Die gleiche Bedeutung, welche eine solche lex municipalis für eine Provinz besitzt, hat nun ein Staatsgrundgesetz für den ganzen Staat, und wie der ersteren keine partikuläre, so könnte der letzteren keine allgemeine entgegenstehende Rechtsgewohnheit einen Abbruch thun. Es ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass dem Kaiser Konstantin, wenn einmal Prokulus mit in Betracht gezogen werden soll, ein ähnlicher Fall vorgelegen hat, und dass er darauf in c. 2 cit. den gleichen Standpunkt wie Trajan vertritt. Die Betonung, dass es sich nur um eine partikuläre Gewohnheit handle, wäre von diesem Gesichtspunkte deshalb nicht erforderlich, weil dieselbe dann nicht im Gegensatze zu einem allgemeinen Gesetze, sondern nur zu einem Provinzialgesetze stehen würde, und ferner deshalb nicht, weil eine extensive Interpretation, wie hier angenommen, ganz angemessen erscheint, und dieser Sinn im Zusammenhang des justinianischen Gesetzbuchs auch zunächst in Betracht kommen müsste. Jedenfalls ist aber auch dieser Auslegungsversuch m. E. nur möglich und kann eben deshalb einer Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden. Es ist vielmehr festzuhalten, dass in den Worten, wie sie uns überliefert sind[1]) und wie sie in erster Linie für uns massgebend sein müssen, nämlich in ihrer einfachsten Gestalt, d. i. in der Bedeutung, wie sie sonst verstanden werden,

[1]) Die Handschriften haben sämtlich dieselbe Version, so dass auch hier ein Hilfsmittel nicht zu Gebote steht.

allerdings kurz und bestimmt ausgesprochen wird, dass eine Gewohnheit nicht die Macht besitzt, entgegenstehendes Recht zu brechen.

Nunmehr erhebt sich die weitere Frage, welche Folgerungen aus der c. 2 cit. gezogen werden müssen, welcher doch der unzweideutige Ausspruch Julians schroff entgegensteht. Auch hier weichen die Meinungen derjenigen, welche den Widerspruch anerkennen, diametral von einander ab, indem bald dieser, bald jener Stelle der Vorzug gegeben wird.

So wird zum Teil einfach die Kodexstelle als massgebend erachtet, weil der Kodex das zuletzt publizierte Gesetzeswerk Justinians sei, und mithin der Grundsatz lex posterior derogat priori Platz greife. Dem steht jedoch der ausdrückliche Wille Justinians entgegen, welcher in dem Publikationspatent zu den Pandekten, nämlich in der constitutio tanta, sich bestimmt dahin äussert, dass die drei Rechtssammlungen nur aus äusseren Gründen nicht gleichzeitig publiziert seien, dass sie aber dennoch als ein Gesetzbuch gelten sollten.[1]) Man hat nun allerdings eingewendet, dieser Ausspruch beziehe sich nur auf den ersten, nicht auf uns gekommenen Kodex, nicht jedoch auf den Codex repetitae praelectionis. Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, dass die constitutio tanta von Justinian in den neuen Kodex aufgenommen und ihm angehörig ist, mithin gerade und nur auf diesen Bezug nehmen kann.[2]) Diese Streitfrage konnte eigentlich schon seit Savigny[3])

[1]) Leges Institutionum seu Elementorum et Digestorum vel Pandectarum — suum obtinere robur — una cum nostris constitutionibus.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. I, S. 21; A. Schmidt a. a. O. S. 23 Anm. 2.

[3]) Savigny a. a. O. S. 271 u. 272.

als abgemacht gelten. Derselbe wies nämlich mit Recht darauf hin, dass ein so leichtsinniger Wechsel des Rechts, wie er sich aus obiger Annahme ergäbe, Justinian doch nicht zuzumuten sei, denn alsdann würde dem ersten Kodex durch Institutionen und Pandekten derogiert sein, und würde darauf der zweite Kodex die aufgehobenen Bestimmungen des ersten wiederhergestellt haben. Waechter hat dann die Kontroverse von neuem wieder in Fluss gebracht.

Sehr Viele geben ohne Bedenken den Worten Konstantins aus historischen Gründen durch Hervorhebung des Unterschiedes zwischen Republik und Monarchie den Vorzug, indem Julians Ausspruch vom republikanischen Standpunkte aus zu verstehen sei, der aber unter einer monarchischen Verfassung natürlich keine Anwendung finden könne.[1]) Als ein revolutionärer Vorgang müsse es erscheinen, meinen sie, wenn die Unterthanen im Gegensatz zu dem ausdrücklich erklärten Staatswillen Recht schaffen könnten. Eine derartige Gleichstellung von Gesetz und Gewohnheit sei nur in einer Republik möglich. Dies ist namentlich die Auffassung von Maurenbrecher,[2]) welcher die entgegengesetzte Ansicht für einen Missbrauch erklärt, der mit Aussprüchen römischer Juristen, die nur auf die republikanische Staatsform des römischen Reiches Bezug hätten, getrieben würde. Bei dem in Deutschland geltenden monarchischen Prinzip enthalte der Gedanke eines solchen Volksrechtes einen Verstoss gegen das geltende deutsche Staatsrecht, dessen sich die heutige

---

[1]) So schon unter den Glossatoren Placentin, Irnerius und Martinus vgl. Haenel dissensiones dominorum cod. chis. § 46 sowie Puchta a. a. O. III, S. 204, Anm. 6.

[2]) Maurenbrecher: Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 31.

Zeit schämen müsste. Auch Kloetzer[1]) und von Neueren Baron[2]) erklären sich aus den erwähnten Gesichtspunkten mit Entschiedenheit für Konstantins Auffassung. Kloetzer glaubt, dass alle Hypothesen zur Vereinigung beider Gesetzesstellen entbehrlich seien, indem der Kodex das Verdammungsurteil über die consuetudo abrogativa kräftig ausspreche. Baron erklärt die Zulassung eines Gewohnheitsrechts gegen die Gesetzgebung bei fortgeschrittenen Staaten geradezu für eine Durchkreuzung der Ziele des Gesetzgebers. So hätten die Verhältnisse auch zu Konstantins Zeiten gelegen.

Bei der Annahme des Gegensatzes zwischen Republik und Monarchie in den beiden hier in Betracht kommenden leges zeigt sich eine Verwechslung des zu einem gewissen Zeitpunkte in Tribus und Centurien versammelten Volkes mit der römischen Nation, welche auch unter den verschiedensten Verfassungen stets als dieselbe gedacht werden kann. Denn die Nation hat, wie Puchta[3]) treffend ausführt, in dem bürgerlichen Gemeinwesen überhaupt keine verfassungsmässige Stelle und kann somit auch keine verschiedene durch den Wechsel der Verfassungen erhalten.[4]) Allerdings scheint hiergegen der Wortlaut des fr. 32 cit. zu sprechen, wo von einem tacitus consensus populi in der consuetudo im Gegensatz zu einem expressus consensus in der lex die Rede ist. Es ist wohl möglich, dass sich die römischen Juristen dieser verschiedenen Bedeutung des Wortes populus nicht stets bewusst gewesen sind. Unmöglich

---

[1]) Kloetzer a. a. O. S. 104.

[2]) Baron: Pandekten S. 15.

[3]) Puchta a. a. O. III, S. 202.

[4]) Vgl. auch Puchta a. a. O. II, S. 136, 137, 151 u. 152; Savigny a. a. O. S. 30—31 und S. 147, Anm. c; Regelsberger a. a. O. S. 330 und A. Schmidt a. a. O. S. 13, Anm. 5.

kann aber einer solchen gelegentlichen, beiläufigen Aeusserung eine derartige Bedeutung beigelegt werden, um aus ihr so wichtige Konsequenzen zu ziehen. Denn in fr. 32 cit. handelt es sich nicht so um den Grund, als vielmehr um den Grad der Geltung des Gewohnheitsrechts, wie dies deutlich aus den Schlussworten, in denen tacitus consensus in Gegensatz zu suffragium legislatoris gesetzt wird, ersichtlich ist.[1]) Auch lässt sich aus der Interpolation „suffragio legislatoris“ mit Recht schliessen, dass unter leges im Sinne des justinianischen Gesetzbuches an dieser Stelle nicht blos Volksbeschlüsse zu verstehen sind.[2]) Es ist demnach als Subjekt des Gewohnheitsrechts nicht die künstliche Vereinigung der stimmfähigen Bürger, deren Mehrheitsbeschlüsse für den Willen des ganzen Volkes ausgegeben werden, sondern die nichtorganisierte Rechtsgemeinschaft, welche nur ihrem Umfange nach mit dem Staate zusammenfällt, anzusehen. Dieser Auffassung steht auch nicht die Thatsache entgegen, dass die Römer, um auch diesen Einwand[3]) noch zu streifen, als normale Form der Rechtsbildung[4]) nur die lex ansahen und die Ge-

[1]) Vgl. Puchta a. a. O. I, S. 84, II, S. 195; Zitelmann a. a. O. S. 366; Sturm: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, S. 25; Brinkmann a. a. O. S. 18; Regelsberger a. a. O. S. 341; Schmidt a. a. O. S. 20.

[2]) Sturm: Recht und Rechtsquellen, S. 155, führt noch aus, dass im fr. 32 cit. unter tacitus consensus nur ein unpräciser Ausdruck für Uebung zu verstehen sei, denn suffragium werde dort nicht nur dem tacitus consensus sondern auch den rebus ipsis et factis, d. i. der Uebung, entgegengestellt. Aus dem Satze: sind zwei Grössen einer dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich, folge daher, dass tacitus consensus hier gleichbedeutend mit Uebung sei.

[3]) Derselbe wird z. B. von Elvers a. a. O. S. 379—381 erhoben.

[4]) Es tritt hier unverkennbar der Einfluss einer späteren Epoche zu Tage.

wohnheit als gesetzeskräftiges Recht quod legis vicem obtinet bezeichneten. Denn, wenn auch dem Range nach untergeordnet, hatte doch das Letztere die gleiche Kraft und Wirkung wie die lex, sodass es sehr wohl imstande war, nicht nur ihm im Range gleichstehendes Recht aufzuheben, sondern auch legi ipsi derogare. Dass die ganze Unterscheidung eine durchaus unhistorische war, bedarf nicht einer näheren Ausführung.[1])

Gegen die Unterscheidung von Monarchie und Republik erheben sich aber noch viele andere Bedenken. Vor allem bleibt rätselhaft, was dann Justinian mit der Aufnahme des Fragments in sein Gesetzeswerk bezweckt hat, wenn solche republikanischen Ideen doch keine praktische Bedeutung mehr hätten, während doch andererseits nach seinen Intentionen jede lex der anderen ebenbürtig zur Seite stehen soll.

Zoll[2]) schlägt einen anderen Weg ein. Er ist nämlich der Meinung, dass dann zwar, wenn man die beiden Stellen für sich betrachte, allerdings zu Gunsten der herrschenden Ansicht, d. h. der, welche sich für Julian ausspricht, entschieden werden müsse, dass aber Julians Ausspruch, wenn man Justinians Kodifikation als ein Ganzes ins Auge fasse, von dem Augenblick, als die kaiserliche Gesetzgebung beschlossen vorlag, keine praktische Bedeutung mehr haben könne. Denn derselbe stehe mit Justinians ganzen Intentionen[3]) in

[1]) Vgl. A. Schmidt a. a. O. S. 20 u. 21, besonders Anm. 3; Savigny a. a. O. S. 150 u. 151 und Sturm: Recht und Rechtsquellen S. 155.

[2]) Zoll in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, neue Folge, Bd. I, S. 426—444.

[3]) Zoll führt zum Belege hierfür eine grosse Anzahl von Stellen aus den Konstitutionen Justinians, welche die Abfassung und Publikation seines Gesetzeswerkes betreffen, des Näheren an.

Widerspruch und er komme daher im corpus juris nur als historisches Fragment in Betracht. Dies dürfte sich vielleicht von der auch von Zoll angeführten Institutionenstelle (§ 11 J. de jure naturali 1, 2) behaupten lassen. Denn die Institutionen sind nach Justinian, als der cupidae legum juventuti gewidmet, allerdings in erster Linie Lehrbuch, wenngleich derselbe sie zugleich auch als Gesetzbuch behandelt wissen will. Ganz entschieden ist aber die Zollsche Annahme bezüglich des fr. 32 cit. in den Digesten von der Hand zu weisen. Ausserdem lebte ja Julian gar nicht zur Zeit der Republik, sondern zu Kaiser Hadrians Zeiten, mithin in einem Zeitpunkte, wo die Volksgewalt bereits auf den princeps übertragen war; und die Behauptung von Struv, der sich Kloetzer[1]) anschliesst: „quamvis Julianus vixerit sub Hadriano et Antonino pio Imperatoribus scripta tamen sua ad jura vetera, quae in statu populari obtinebant, direxit" dürfte doch allzusehr gewagt erscheinen. Auch die Persönlichkeit Julians, welcher[2]) geheimer Rat des einen Kaisers und Grossvaters eines andern war, macht es unwahrscheinlich, dass er Anhänger und Vertreter solcher veralteten Anschauungen gewesen sein könnte.

An dieser Stelle möge auch noch kurz das Resultat von Adickes[3]) Untersuchung Erwähnung finden. Seine Abhandlung betrifft allerdings weniger die fraglichen Stellen, da nach ihm das corpus juris civilis in Bezug auf die Lehre von den Rechtsquellen nicht massgebend sein kann. Ausser Gesetz und Gewohnheit bezeichnet

---

[1]) Kloetzer a. a. O. S. 58ff.

[2]) Vgl. A. Schmidt a. a. O. S. 20, Anm. 2.

[3]) Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht, namentlich S. 76, 78, 80, 81, Anm. 16.

Adickes noch die subjektive Vernunft, welche er sogar die Grundquelle alles Rechtes[1]) nennt, und die Natur der Sache als Rechtsquellen. Von dieser Auffassung aus kommt er zu dem Ergebnis, dass der Rechtsgewohnheit niemals derogatorische Kraft gegenüber dem Gesetz zukomme, wenngleich er zugeben muss, dass dann, wenn ein Gesetz widerrechtlicher Weise lange nicht befolgt sei, „die Zeit über diesen illegalen Vorgang den Schleier ziehe, und das anfangs rechtlose Faktum durch seine längere Dauer zu einem wirklichen Rechtsboden werde".[2])

Die billige Ausflucht, die Aufnahme des fr. 32 cit. beruhe auf Versehen und könne deshalb nicht massgebend sein, ist in diesem Falle schon aus dem Grunde sicherlich verkehrt, weil diese Stelle zweifellos interpoliert ist. Denn kein Jurist zu Julians Zeit würde den Ausdruck „suffragium legislatoris" gebraucht haben.[3])

Umgekehrt nehmen mehrere Juristen, welche den Widerspruch allerdings für nicht lösbar halten,[4]) trotzdem zu Gunsten Julians Stellung. Dazu gehören diejenigen Juristen, welche, wie schon früher ausgeführt, die praktische Bedeutung der Quellen in dieser Beziehung überhaupt in Abrede stellen. So erklärt Eisele[5]) dass der Widerspruch klar zu Tage liege und dass alle

---

[1]) Adickes a. a. O. S. 22.

[2]) Adickes a. a. O. S. 76, auch S. 78. Gegen Adickes vgl. besonders Brinz in der kritischen Vierteljahrsschrift von Poezl, Bd. 15, Heft 1, S. 162—165.

[3]) Vgl. Puchta a. a. O. I, S. 90.

[4]) Auch Schwanert z. B. erkennt a. a. O. S. 9 in der c. 2 cit. den Versuch, das Gewohnheitsrecht ganz auszuschliessen, als vorliegend an.

[5]) Eisele a. a. O. S. 296—297.

Versuche, denselben hinweg zu interpretieren, unbefriedigend seien. Es bedürfe aber auch, so fährt er fort, garnicht der Vereinigung, weil der consuetudo derogatorische Kraft ihrem Wesen nach zukomme und der Kaiser dies nicht habe ändern können; habe derselbe die Absicht gehabt, nur seine Ansicht über das bestehende Verhältnis auszusprechen, so gelte sein Ausspruch deshalb nicht, weil er inhaltlich unrichtig sei; habe er aber der Gewohnheit die ihr zukommende derogatorische Kraft entziehen wollen, so sei dies wirkungslos, weil ihm hierzu die Macht fehle.

In ganz ähnlichem Sinne äussert sich Schlossmann.[1]) Die Behauptung Konstantins könne nämlich an sich richtig oder falsch sein, und wenn sie, wie es hier thatsächlich der Fall, falsch sei, so könne sie unmöglich durch Aufnahme in das corpus juris richtig und zu einem Glaubensartikel für die Juristen werden. Die Frage, ob ein Gesetz eine derogatorische Gewohnheit verbieten könne, sei als Rechtsfrage ebenso unmöglich wie die, ob ein römischer Konsul seinen Kollegen vom Amte suspendieren konnte.

Endlich hat Keller[2]) den berühmten Ausspruch gethan, dass die Konstitution allerdings dem nächstliegenden Wortsinne gemäss zu interpretieren sei, da sie zu dem absolutistischen, selbstgefälligen und bornierten Wesen Konstantins gar nicht besser passen könne. Er schliesst sich im übrigen Savigny an, indem auch er annimmt, dass die ganze Theorie von den Rechtsquellen, wie sie sich im corpus juris findet, als dem öffentlichen Recht, insbesondere dem eigentlichen Staatsrecht angehörig, nicht recipiert sei. Es lässt

---

[1]) Schlossmann: Vertrag S. 188—189, Anm. 2.

[2]) von Keller: Pandekten S. 10, Anm. 8.

sich nicht verkennen, dass in Kellers Ausführung bezüglich der c. 2 cit. gewiss ein richtiger Kern steckt, da eine derartige Bestimmung, wie die hier vorliegende, dem Wesen Konstantins und dem Geiste seiner Zeit wohl entsprochen haben mag,[1]) indem die intensive Thätigkeit der kaiserlichen Gesetzgebung, wie sie gerade unter Konstantin so sichtbar und deutlich hervortrat,[2]) den Kaiser im Gefühle seiner Omnipotenz bestimmen konnte, eine feindselige Stellung zum Gewohnheitsrecht einzunehmen. Nur bleibt bei Kellers Annahme ungelöst, was dann die Kompilatoren mit der Einrückung des Excerptes in den Kodex bezweckt haben, da von einem Versehen hier ebensowenig gesprochen werden kann, wie bei der Aufnahme des fr. 32 cit. Auch ist den Kompilatoren nicht zuzumuten, dass sie die Stelle durch Weglassung der hauptsächlichsten Verständnismittel gewissermassen absichtlich verdunkelt haben.[3]) Auf Justinians Versicherung in der constitutio tanta § 15: „contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet“ kann allerdings ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, denn dieselbe hat sich allezeit als ein zu prahlerisches Wort erwiesen.[4]) Zwar wird man bei der ausdrücklichen Beteuerung Justinians eine Vereinigung zu erstreben suchen, zumal nicht jeder scheinbare Widerspruch bei näherer Betrachtung sich als solcher wirklich herausstellt; doch muss dies seine Grenzen haben in dem Falle, wo der Widerspruch

[1]) Vgl. Zoll a. a. O. S. 440, sowie den Aufsatz über Lueders Auslegung a. a. O. S. 139.

[2]) Savigny a. a. O. I, S. 43.

[3]) Vgl. Puchta a. a. O. I, S. 118.

[4]) Vgl. auch Savigny a. a. O. S. 307.

klar zu Tage liegt. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass in diesem Falle der Annahme, dass Konstantin in der c. 2 cit. der Gewohnheit die derogatorische Kraft abgesprochen habe, noch verschiedene andere Faktoren entgegenstehen; und hierdurch wird vor allem das von jeher vorhandene Bestreben der Lösung unserer Antinomie gerechtfertigt. Hauptsächlich fällt schwer ins Gewicht, dass der Gedanke, dem Julian in fr. 32 cit. Ausdruck giebt, wie bereits früher angedeutet, sich keineswegs vereinzelt im corpus juris civilis findet. Denn wenn auch nicht mit gleich fester Bestimmtheit, so ist doch auch sonst verschiedentlich ausgesprochen oder bestätigt, das allerdings die Gewohnheit die Macht hat, bestehende Gesetze zu überwinden. Besonders ist hier des § 11 J. de jure naturali 1, 2[1]) zu gedenken. Danach bleiben zwar die natürlichen Rechtsgrundsätze, welche gleichmässig bei allen Völkern beobachtet werden, ewig dieselben und unveränderlich, dagegen pflegt dasjenige Recht, welches sich ein Staat selbst geschaffen hat, oft, teils durch stillschweigende Einwilligung des Volkes, teils durch spätere Gesetze abgeändert zu werden. Welche Bedeutung die Römer dem Gewohnheitsrecht zugewiesen haben, ergiebt auch der berühmte Ausspruch von Paulus im fr. 36 I, 3: „magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.“ Es geht daraus deutlich hervor, dass sie an eine inferiore Stellung des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht in irgend einer Beziehung gar nicht gedacht

[1]) Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege data.

haben. An anderer Stelle, nämlich im § 7 J. de injuriis 4, 4 wird bestätigt, dass die Strafe, welche die 12 Tafeln für Injurien festgesetzt hatten, ausser Gebrauch kam: „sed poena quidem, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit“.[1]) Ebenso berichtet Kallistratus im fr. 1 § 1 de interrogatione in jure 11, 1, dass zu seiner Zeit die interrogatoriae actiones beim Erbschaftsstreit in desuetudinem abierunt. Ferner bezeugt Ulpian im fr. 27, § 4 ad legem Aquiliam 9, 2, dass dem zweiten Kapitel der lex Aquilia durch Gewohnheit derogiert worden ist. Lex unica C. de caducis tollendis 6, 51 erwähnt, dass die lex Papia in multis capitulis per desuetudinem abolita est. Ferner findet sich in der constitutio deo auctore, durch welche die Abfassung der Pandekten angeordnet wurde, im § 10 die Wendung: „sed et si quae leges in veteribus libris positae jam in desuetudinem abierunt“. Die Kompilatoren sollten hiernach auch alles das, was durch Gewohnheit beseitigt sei, weglassen. Dieselben Worte (quae in desuetudinem abierunt) und derselbe Gedanke findet sich auch in der constitutio haec, quae necessario § 2 ausgesprochen. Somit hat diese historische Entwicklung auch die vollste Zustimmung Justinians erhalten. Auch selbst gegenüber Rechtsnormen des öffentlichen Rechts ist die derogatorische Kraft der Gewohnheit mehrfach ausdrücklich anerkannt worden. So war es Regel, dass die Municalpalmagistrate keine legisactio hatten, namentlich nicht bei Emancipationen. Nun lässt aber Justinian selbst in der bekannten l. 6 C. de emanc. 8, 49 die Begründung dieses Vorrechts durch Gewohnheit zu, indem er bestimmt, dass die

---

[1]) Vgl. des Näheren A. Schmidt a. a. O. S. 21, Anm. 6, sowie auch S. 22, Anm. 1—3.

Emancipation nicht wie bisher nur durch kaiserliches Reskript (emancipatio Anastasiana), sondern auch vor den magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est (emancipatio Justinianea) erfolgen könne. Ein Zeugnis von Gajus[1]) ist gleichfalls beachtenswert. Die 12 Tafeln hatten nämlich bestimmt, dass die Frau, welche nicht in die Gewalt (manus) des Mannes kommen wollte, quotannis trinoctio abesset atque ita usum cujusque anni interrumperet, weil sonst usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Ueber diese Bestimmung äussert sich Gajus folgendermassen: „sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. Einen sehr interessanten Beleg bietet auch das 15. Kapitel der Novelle 89, in welchem Justinian der von Konstantin herrührenden Bestimmung der l. 1 C. de naturalibus liberis 5, 27 folgendermassen gedenkt: illa non recepimus, quia desuetudine etiam sublata sunt (*ἐπειδὴ καὶ διὰ τῆς ἀχρησίας ἀνῄρηται*). Justinian sieht sich hier veranlasst, eine bereits unpraktisch gewordene Verordnung, welche die Kompilatoren seinen Intentionen zuwider dennoch aufgenommen hatten, förmlich ausser Kraft zu setzen (quam constitutionem plane tollimus).[2]) Doch geht es wohl zu weit, wenn man hierdurch einfach die c. 2 cit. von Konstantin ausser Kraft gesetzt erachtet wissen will. Denn wenn auch in der That die Novellen als die jüngeren Gesetze Justinians den Vorzug vor den Institutionen, den Digesten und dem Kodex haben, so handelt es sich doch in der angeführten Novellenstelle nur um eine gelegentliche, mehr zufällige Erwähnung der desuetudo, während in

---

[1]) Institutionen, Buch I, § 111.

[2]) Vgl. A. Schmidt a. a. O. S. 22, Anm. 7.

der c. 2 cit. die Kraft des Gewohnheitsrechts ex professo behandelt wird. Es ist hier vielmehr nur die Macht der Verhältnisse und der Geschichte anerkannt, der auch der Gesetzgeber nicht auf die Dauer Widerstand zu leisten vermag. Die angegebenen Stellen[1]) zeigen zur Genüge, wie wenig Konstantins Verordnung mit der Bedeutung des Gewohnheitsrechts, welche demselben sonst in Justinians Kodifikation zuerkannt wird, sich vereinigen lässt. Merkwürdiger Weise fanden die Basiliken unsere beiden Stellen für vereinbar, denn sie nahmen sie beide in demselben Titel auf und zwar zuerst Julians Ausspruch, welcher jedoch hier dem Ulpian in den Mund gelegt wird.[2])

Aus diesen Gründen ist es gewiss erklärlich, wenn das Bestreben, der c. 2 cit. einen anderen Sinn zu geben, als ihr dem Wortlaute nach zukommt, von jeher so andauernd verfolgt ist. Denn dass Konstantin (um dies zu rekapitulieren) etwas derartiges bestimmt hat, ist nicht unwahrscheinlich. Unerfindlich aber bleibt es, wie die Kompilatoren diese Verordnung aufnehmen oder, falls dieselbe in vollständiger Gestalt einen anderen Inhalt hatte, sich mit einem zweideutigen Excerpt begnügen konnten. Es wird sich wohl auch nie ergründen lassen, welche Motive die Redaktoren hierbei geleitet haben und was sie bei Aufnahme dieser Stelle

---

[1]) Wohl nicht mit Unrecht führt Savigny a. a. O. I, S. 152 aus, dass der ganze Teil des prätorischen Ediktes, welcher juris civilis corrigendae gratia eingeführt wurde, nichts als ein abänderndes Gewohnheitsrecht gewesen sei, an dessen Giltigkeit die Römer nie gezweifelt hätten.

[2]) Basil. l. II, 51: *ὥσπερ ἡ θέσις τοῦ νόμου, ἢ ἔγραφός ἐστιν ἢ ἄγραφος, οὕτω κἂν ἡ ἀναίρεσις αὐτου ἢ δι' ἐγγράφου γίνεται νόμου ἢ δι' ἀγράφου, του ἔστι τῆς ἀχρησίας* und kurz darauf: *τῆς συνηθείας καὶ τῆς χρήσεως ἡ αὐθεντία οὐκ ἐπὶ τοσουτον ἰσχύει, ἐς καὶ τὸν λογισμὸν καὶ τον νόμου ἱπερνικᾶν.*

dachten. Für uns, die wir eine präcise und klare Antwort auf die Frage verlangen, ob nach gemeinem Recht eine Gewohnheit ein älteres entgegenstehendes Gesetz aufheben kann, bleibt nichts anderes übrig, als zu erklären, dass hierüber aus dem corpus juris civilis ein befriedigendes, allgemein giltiges und sicheres Resultat nicht gewonnen werden kann.[1])

Die zweite Hauptquelle für das gemeine Recht bildet das corpus juris canonici. Denn nicht allein Kirchenrecht ist in diesem Rechtsbuche enthalten; die gewaltige Stellung, welche die Kirche im Mittelalter einnahm, erklärt es, dass sie auch prozessrechtliche und privatrechtliche Materien in den Kreis ihrer Gesetzgebung ziehen konnte.[2]) Nicht nur in spiritualibus, sondern auch in temporalibus haben damals die Päpste die Welt regiert. Mit der Reception des römischen Rechtes kam auch das kanonische Recht, soweit es im corpus juris canonici clausum enthalten ist, in den weltlichen Gerichten Deutschlands zur Anwendung, während es in den geistlichen schon seit jeher gegolten hatte. Zwar wurden römisches und kanonisches Recht gleichzeitig recipiert, doch gebührt dem letzteren als der nach der Entstehungszeit jüngeren Rechtsquelle in allen privatrechtlichen Materien der Vorzug,[3]) und nur insoweit die Praxis gegenüber den Modifikationen des kanonischen Rechtes an den römischen Rechtssätzen

---

[1]) Vgl. u. a. Dernburg a. a. O. I, S. 62: „Jenes unbedingte Ja und dieses unbeschränkte Nein zu vereinigen ist unmöglich, wenn man nicht den Aeusserungen Gewalt anthuen will"; ebenso ist auch Ruemelin a. a. O. S. 224 der Ansicht, dass die beiden Stellen einander widersprechen und deshalb zu einer Entscheidung nicht führen können.

[2]) Savigny a. a. O. I, S. 75 und Dernburg a. a. O. I, S. 24.

[3]) Vgl. Savigny a. a. O. I, S. 266—267.

festgehalten hat, ist auf diese zurückzugehen. Auch in unserer Frage muss daher die Stellung des kanonischen Rechtes von einschneidendster Bedeutung sein.

Im decretum Gratiani findet sich nirgends anerkannt, dass die Gewohnheit dem jus commune derogieren könnte, vielmehr wird mehrfach betont, dass consuetudines nur praeter und secundum, nicht jedoch contra legem gelten könnten. So heisst es im c. 5, D. 1, offenbar im Anklang an das fr. 32 cit. in den Digesten: consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex. Dazu bemerkt dann die Glosse: hic videtur, quod tunc demum recurrendum sit ad consuetudinem, cum deficit lex. Besonders tritt jedoch diese Anschauung im c. 4, D. 11 hervor, in welchem Konstantins Reskript wörtlich: „consuedutinis ususque longaevi non vilis est auctoritas, vero non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem“ aufgenommen ist. Uebereinstimmend hiermit halten auch die Bearbeiter und Glossatoren des Dekrets daran fest, dass eine consuetudo contra legem nicht statthaft sei. Ein Wendepunkt in dieser Lehre trat erst durch Gregor IX. ein. Es ist nämlich von ihm das berühmte caput ultimum X de consuetudine 1, 4, welches hier das entscheidende Wort gesprochen und den Sinn der l. 2 C. 8, 53 für uns authentisch festgestellt hat. Es lautet: „Cum tanto graviora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali juri, cujus transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis

et legitime sit praescripta.“ Hiermit ist deutlich ausgesprochen, dass die Gewohnheiten zwar nicht die Kraft haben, natürliches und göttliches Recht umzustossen, dass sie aber sehr wohl positiven Gesetzen derogieren können. Zu Letzterem ist jedoch Voraussetzung, dass sie rationabel sind und die gesetzliche Verjährungszeit, d. i. nach kanonischem Recht 40 Jahre lang gedauert haben. Es entspricht dem Standpunkte der katholischen Kirche, eine Aenderung des jus divinum durch Gewohnheit nicht zuzulassen, sodass eine consuetudo contra jus divinum als corruptela erscheint. Das jus divinum umfasst nämlich die von Christus direkt gegebenen, durch die heilige Schrift und die sie ergänzende Tradition überlieferten Normen.[1]) Dieselben sind ex sese inreformabiles, so dass selbst der Papst nicht von ihnen entbinden kann. Unter dem jus naturale sind sodann die Fundamentaleinrichtungen der katholischen Kirche zu verstehen. Die Dekretalen Gregors IX. haben nun unstreitig den Vorzug vor dem decretum Gratiani, welches als Gesetzbuch überhaupt niemals anerkannt worden ist und nur insoweit, als die angezogenen Stellen schon an sich die Geltung von Gesetzen hatten, massgebend geworden ist;[2]) insbesondere sind die dicta Gratiani, welche Gratian zur Ausgleichung widersprechender Stellen ersann, von keinem Belang; es braucht daher auf dieselben, welche vielfach eine ausserordentlich feindliche Stellung dem Gewohnheitsrecht gegenüber einnehmen,[3]) nicht näher eingegangen

[1]) Vgl. Friedberg: Lehrbuch des Kirchenrechts S. 94, Anm. 5.

[2]) Vgl. Schulte: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts S. 28 unter IV; Friedberg a. a. O. S. 89; Frantz: Lehrbuch des Kirchenrechts S. 80; Dernburg a. a. O. I, S. 24 unter Nr. 1; Windscheid a. a. O. S. 14.

[3]) Erwähnt seien nur dictum nach c. 12 D. XII und dictum in pr. Dist. XVIII.

zu werden. Das cap. ult. X. cit. verdankt offenbar dem Streite der Juristen über die Auslegung der c. 2 cit. von Konstantin seine Entstehung. Dem Papste konnte die mannigfache Deutung dieser Konstitution nicht unbekannt bleiben und so bahnt er denn in der genannten Stelle eine Vermittlung an. Er erkennt hiernach in seiner eigentümlichen Paraphrase der c. 2 cit. von Konstantin die derogatorische Kraft der Gewohnheit an, macht die letztere jedoch dabei von den erwähnten Bedingungen abhängig. Trotzdem die Stelle an Klarheit nichts zu wünschen übrig lässt, ist doch auch sie seit jeher der Gegenstand lebhaften Streites gewesen. Denn die Ansicht, welche sich die Einzelnen über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts überhaupt und namentlich bei der Auslegung des Reskripts von Konstantin gebildet hatten, glaubten sie notwendig auch im corpus juris canonici bestätigt finden zu müssen. Infolgedessen wurden die einzelnen Worte im cap. ult. cit. nicht ihrem nächstliegenden Sinne gemäss verstanden, sondern es wurde ihnen eine Bedeutung beigelegt, welche denselben ausnahmsweise wohl einmal zukommen kann, während doch der ganze Zusammenhang darauf hinweist, dass sie hier unmöglich so gedeutet werden können. Doch sind jetzt dergleichen Auffassungen so gut wie antiquiert, auch der neueste in dieser Richtung von Schulte unternommene Versuch hat trotz der Autorität seines Namens mit einem negativen Erfolge geendigt. Zudem decken sie sich regelmässig mit den schon bei Betrachtung der c. 2 cit. herausgehobenen und werden daher nur die bekanntesten derselben kurz berücksichtigt werden. Ganz sonderbar und durch nichts erwiesen ist die Ansicht von Stryk.[1]) Nach dieser soll

[1]) Vgl. gegen Stryk Kloetzer a. a. O. S. 106.

nämlich praescripta für introducta usurpiert sein,[1]) weil die Principien der Verjährung auf objektives Gewohnheitsrecht keine Anwendung zuliessen. Beachtenswerter ist die Auslegung von Glueck,[2]) welche neuerdings von Schulte[3]) im Wesentlichen wiederholt worden ist. Glueck geht davon aus, dass es sich im cap. ult. cit. garnicht um Gewohnheitsrecht, sondern um die Ausübung eines subjektiven Rechts, einer Befugnis handle, welche durch gesetzliche Verjährung erworben werden könne. Es sei mithin unter consuetudo praescripta nichts anderes als das lange Zeit ausgeübte und hierdurch befestigte Recht zu verstehen. Gegen diese Auslegung erheben sich jedoch die mannigfachsten Bedenken, denn, wenn die Stelle nur das enthielte, was Glueck unterstellt, so würde sie etwas selbstverständliches wiederholen, denn dass ein längerer Besitzstand allein noch kein Recht begründet, war doch zu bekannt, als dass es der Papst hier nochmals betont haben würde. Ausserdem heisst es der Stelle Gewalt anthun, wenn man unter juri derogare die Einschränkung der Anwendung eines Rechtssatzes infolge des Rechts eines Dritten verstehen will, da doch hier wie auch sonst nur die Aufhebung des Rechtssatzes, d. h. seine vollständige Beseitigung darunter gemeint sein kann. Auch consuetudo kann den angenommenen Sinn nicht haben, denn die Stellen, welche von Glueck zum Belege dafür angeführt werden, dass consuetudo auch sonst in der Bedeutung vorkomme,[4]) rechtfertigen es nicht, con-

[1]) Credibile est, Pontificem vocem praescripta usurpasse pro introducta.

[2]) Glueck: Kommentar S. 463—469.

[3]) Schulte: Katholisches Kirchenrecht Bd. I, S. 199—255.

[4]) Auch steht es m. E. keineswegs fest, dass in den von Glueck citierten Stellen consuetudo in der Bedeutung eines sub-

suetudo in unserer Stelle so zu fassen. Vielmehr muss der gewöhnliche und nächstliegende Sinn zu Grunde gelegt werden, wenn nicht besondere Gründe ein Abweichen vom gewöhnlichen Sprachgebrauch rechtfertigen, und dieser Nachweis ist von Glueck nicht erbracht. Vielmehr steigert es sich zur Gewissheit, dass consuetudo hier nur in dem üblichen Sinne gemeint sein kann, wenn man beachtet, dass der Papst ganz deutlich auf c. 2 cit. von Konstantin Bezug nimmt und deshalb die Bedeutung, welche der consuetudo dort zukommt, auch seinem Diktum hat zu Grunde legen müssen. Auch

---

jektiven Rechts gebraucht ist. Insbesondere gilt dies von dem cap. 8 und 9 X de simonia 5, 3. Es ist vielmehr dort von wirklichen Gewohnheiten die Rede, (vgl. auch Puchta a. a. O. IV, S. 280). Warum sollte sich nicht in einzelnen Diöcesen oder Sprengeln die Gewohnheit des Inhalts bilden können, ut pro sepultura et exsequiis mortuorum et benedictionibus nubentium seu aliis sacramentis aliquid requiratur? Allerdings ist nach katholischem Kirchenrecht ein derartiger Austausch eines geistlichen Guts gegen einen weltlichen Vorteil Simonie und darum heisst es: horribile nimis est, quod in quibusdam ecclesiis venalitas perhibetur ita ut etc. Es handelt sich mit anderen Worten hier um eine irrationale Gewohnheit (siehe darüber später), denn sie verstösst gegen allgemein anerkannte kirchliche Grundsätze und eine solche kann, mag sie sich kraft der vis inertiae auch noch so lange Zeit hinschleppen, niemals rechtliche Konsistenz erlangen. Von diesem Standpunkte aus lassen sich die citierten Stellen mit cap. ult. sehr wohl vergleichen und gewiss gerechtfertigter ist der andere Schluss, dass deshalb, weil im cap. 8 und 9 cit. der Rationabilität Erwähnung geschieht, es sich dort auch um eine wirkliche Gewohnheit handeln muss. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Anfangsworte des cap. ult. cit. darauf hinweisen, dass Gregor IX. die Worte des cap. 9 X de simonia 5, 3 (ex concilio Lateranensi in der Mitte) quod tanto graviora sunt crimina, quanto diutus infelicem animam tenuerunt alligatam oder die ähnliche Aeusserung im cap. 8 X de simonia 5, 3 (am Ende) im Sinne gehabt hat, steht sehr dahin und beweist nach obigem auch nichts (vgl. Kloetzer a. a. O. S. 113; Puchta IV, S. 280, Anm. 24).

Schultes[1]) mühsame Beweisführung, das cap. ult. cit. wolle nur sagen, der Quasibesitz von Rechten, welchen das jus commune entgegenstünde, führe nicht lediglich durch die längere Zeitdauer, sondern nur dann zum Erwerbe des Rechts, wenn ausser dem Vorhandensein der bona fides als Grundlage der Rationabilität, er auch die gesetzlich bestimmte Zeit gedauert habe, musste aus den gleichen Gründen scheitern.[2]) Kloetzer,[3]) welcher mit Entschiedenheit hervorhebt, dass es sich im vorliegenden Falle um eine eigentliche Gewohnheit handle, stellt eine besondere Ansicht über die Bedeutung des Wortes „praescripta“ auf. Nicht von einer verjährten Gewohnheit — denn dass die Verjährungszeit für das Gewohnheitsrecht gefordert werde, lasse sich nirgends mit Sicherheit nachweisen und sei mithin auch hier nicht anzunehmen —, sondern von einer vorgeschriebenen, bezeichneten Gewohnheit sei hier die Rede. Mit anderen Worten: die Stelle besage: „Eine langjährige Gewohnheit thue dem Rechte noch keinen Abbruch, es sei denn, dass sie vernünftig und gehörig vorgeschrieben, also zu jener Wirkung autorisiert sei.“ Er vertritt mithin auch hier den gleichen Standpunkt

---

[1]) Schulte: Katholisches Kirchenrecht I. Teil, S. 233; Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts S. 243, Anm. 3. Gegen Schulte vgl. Scheurl in Doves Zeitschrift für Kirchenrecht, III. Jahrgang: Kirchliches Gewohnheitsrecht S. 66.

[2]) Es handelt sich übrigens bei der Beurteilung von Schultes Auffassung lediglich um cap. ult. cit. Er erkennt sehr wohl die derogatorische Kraft der Rechtsgewohnheit an, nur kommt er auf anderem Wege zu diesem Resultate. Cap. ult. cit. kann allerdings nach seiner Auffassung für diese Frage nicht entscheidend sein, vgl. Schulte: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts S. 243 u. 244. Auf seine Darlegung kann hier nicht näher eingegangen werden.

[3]) Kloetzer a. a. O. S. 115—120.

wie bezüglich des Reskripts von Konstantin. Er kommt daher zu dem Ergebnis, dass es trotz cap. ult. cit. bei dem nach römischen Recht geltenden Grundsatze, wonach die Gewohnheit keine derogierende Kraft besitze, bleiben müsse.

Auch Elvers[1]) findet, dass die letzten Worte des cap. ult. cit. nichts anderes sagen wollen, als dass eine consuetudo contra jus scriptum nur dann anzuerkennen sei, wenn sie gesetzlich besonders bestätigt und vorgeschrieben sei, da sie dann nicht mehr rationem vincat aut legem.

Eine solche Deutung des Wortes „praescripta“ ist jedoch durchaus unzulässig,[2]) denn handelte es sich um eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit, so würde das angebliche Erfordernis der Vernunftmässigkeit ganz zwecklos sein, da ja das Gesetz auch unvernünftige Gewohnheiten billigen kann. Ausserdem könnte auch garnicht in der Bedeutung von Anerkennung und Billigung überhaupt der Ausdruck „vorschreiben“ gebraucht sein, und endlich wird die Verjährung in der That an verschiedenen Stellen gefordert und ganz sicher in unserem Reskript, wie später darzulegen sein wird.

Phillips[3]) ist gleichfalls der Ansicht, dass im cap. ult. cit. der Ausspruch Konstantins aufrecht erhalten sei. Zur Bestätigung seiner Behauptung zieht er das cap. 8 X. de judiciis II, 1 heran. Es handelt sich dort darum, dass Kleriker nicht von einem weltlichen Richter

---

[1]) Elvers in der allgemeinen juristischen Zeitung, herausgegeben von Elvers und Bender, 1. Jahrgang 1828, S. 382.

[2]) Vgl. gegen Kloetzer namentlich Gesterding: Ausbeute etc. a. a. O. S. 156 und denselben Autor im Archiv für civilistische Praxis Bd. 3, Heft 2: Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht S. 281.

[3]) Phillips: Lehrbuch des Kirchenrechts III, S. 728 ff.

verurteilt werden dürfen, denn in sacris canonibus generaliter traditur, ut de omni crimine clericus debeat coram ecclesiastico judice conveniri. Weiter heisst es dann: non debet in hac parte canonibus ex aliqua consuetudine praejudicium generari. Die Worte „in hac parte“ befinden sich nun ebenfalls im cap. ult. cit.

Doch ist es wohl nur konsequent, wenn man gerade im Gegenteil annimmt, dass deshalb, weil in einem bestimmten Falle eine derogatorische Gewohnheit nicht Platz greifen soll, der Gewohnheit im allgemeinen allerdings eine derogatorische Kraft zukommt, so dass in vorliegender Stelle lediglich ein Ausnahmerecht für den Klerus festgesetzt wird. Das Ergebnis, zu dem Phillips kommt: „Nur gegen ein Gesetz, das durch Aufhebung von Präsumtionen zur Ergänzung mangelhafter Willensbestimmungen dienen soll, kann, ebenso wie eine Abweichung durch Handlungen Einzelner zulässig ist, eine entgegenstehende Gewohnheit derogatorisch wirken,“ hat in den Quellen keinen Halt.

Auch für das kanonische Recht ist die Annahme verfehlt, dass ein consensus expressus oder tacitus legislatoris[1]) zur Gültigkeit der Gewohnheit erforderlich sei. Dem widerspricht, von anderen Quellenstellen abgesehen, hauptsächlich c. 1 de constitutionibus in 6, denn hier ist ausdrücklich anerkannt, dass dem Papste die Gewohnheiten einzelner Orte sehr wohl nicht bekannt sein könnten und dass dieselben trotzdem zu Recht bestünden.[2]) Auch hätte bei Aufzählung der

[1]) So schon die Glosse zu c. II X de consuetudine 1, 4: sciente illo, qui potest jus condere, vgl. über die Stellung der Glossatoren zu den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts Puchta III, S. 25 u. 26.

[2]) Quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, quum sint facti et in facto consistant potest probaliter ignorare.

Erfordernisse des Gewohnheitsrechts im cap. ult. cit. doch sicher dieses wichtigen Momentes Erwähnung geschehen müssen, wenn es in der That verlangt würde. Ferner ist nicht einzusehen, was dann daneben noch das Erfordernis der praescriptio für Wert haben könnte.

Es ist deshalb dabei stehen zu bleiben, dass nach cap. ult. cit. durch eine später sich bildende Gewohnheit dem jus positivum derogiert werden kann. So wird die Stelle denn auch, von wenigen Dissentierenden abgesehen, jetzt allgemein in Theorie und Praxis verstanden. Nur so giebt sie allein einen befriedigenden und ungekünstelten Sinn.[1]) Spricht nun auch das kanonische Recht der Gewohnheit eine derogatorische Kraft zu, so knüpft es jedoch diese Wirkung an zwei Voraussetzungen, nämlich an die Erfordernisse der Rationabilität und der Präskription. Was jedoch hierunter zu verstehen ist, und welche Gedanken diesen Bestimmungen zu Grunde liegen, darüber gehen die Meinungen wieder ausserordentlich weit auseinander. Es muss deshalb darauf noch kurz eingegangen werden. So ist die rationabilitas als ein dem Gewohnheitsrecht eigentümliches Requisit überhaupt in Abrede gestellt worden, u. a. neuerdings von Meyer.[2]) Er ist der An-

[1]) Unrichtig dürfte allerdings die nicht selten aufgestellte Behauptung sein, dass die vigens ecclesiae disciplina als besonderes Gewohnheitsrecht der Kirche das strenge Recht mildere und ihm derogiere. Denn die vigens ecclesiae disciplina (in welchen Formen sie auch auftritt) hebt das jus ecclesiasticum, d. i. das prinzipielle Gesetzesrecht der katholischen Kirche nicht auf, sondern suspendiert es nur. Das Letztere übt seine Wirkung infolge besonderer Verhältnisse nur nicht aus, es bleibt aber im Hintergrunde stehen. Von einer Derogation kann hier füglich nicht gesprochen werden.

[2]) Meyer: Rechtsbildung in Staat und Kirche S. 214 ff.

sicht, dass dieses Erfordernis in garkeiner anderen Beziehung als für Gesetze in Betracht komme. Es werde nur dies Erfordernis bei gewohnheitsmässiger autonomer[1]) Rechtsbildung häufiger erwähnt.

Auch Brinkmann[2]) äussert sich ähnlich. Die Forderung, dass eine Gewohnheit vernünftig sein müsse, um rechtliche Wirkungen für ähnliche Fälle zu haben, sei ein superfluum, da unvernünftige Handlungen nie rechtliche Gewohnheiten bilden könnten; wäre Vernunftmässigkeit ein Erfordernis des Gewohnheitsrechts, so müsste konsequenter Weise die Beurteilung, ob gegebenen Falles die Gewohnheit gut oder vernünftig sei, dem Richter überlassen werden. Die Missstände, die sich hieraus ergeben würden, sind allerdings unverkennbar, denn da die Vernunft des Richters selbst nur eine subjektive ist, so kann sie die objektive nicht ermitteln. Es nötigt uns jedoch nichts, den Begriff der rationabilitas so zu fassen. Nach kanonischem Recht ist vielmehr eine consuetudo dann rationabilis, wenn sie nicht verstösst gegen das göttliche Recht (jus divinum), gegen allgemein anerkannte kirchliche Grundsätze (jus naturale) und gegen den Geist des betr. Rechtsinstitutes,

---

[1]) Meyer a. a. O. S. 30. Meyer nimmt mit der von ihm in dieser Schrift vertretenen Theorie über das Gewohnheitsrecht eine Sonderstellung ein. Nach ihm erscheint die höchste Staatsgewalt als Träger jeder Rechtsentwicklung teils unmittelbar im Wege selbständiger Rechtserzeugung, teils mittelbar im Wege der Aufsicht über die in kleineren Kreisen sich vollziehende Rechtsbildung, d. i. die Autonomie. Gesetz und Gewohnheitsrecht haben somit den Träger gemeinsam und ein Gewohnheitsrecht kann sich folglich nur dort bilden, wo von den betreffenden Organen auch im Wege der Gesetzgebung Recht erzeugt werden könnte (vgl. S. 28—30). Diese Theorie ist eingehend bekämpft von Regelsberger a. a. O. namentlich S. 333 bis 336, vgl. auch Scheurl a. a. O. S. 56—57.

[2]) Brinkmann a. a. O. S. 13—15.

welches sie regeln will (consuetudo, quae canonicis obviat institutis nullius debet esse momenti c. 3 X de consuetudine 1, 4).[1])

Die Quellen definieren allerdings den Begriff der Rationabilität nicht, doch liegt ihren Entscheidungen die gedachte Auffassung augenscheinlich zu Grunde. Dass sich ein mit jenen Grundsätzen der Rationabilität streitendes Herkommen bilden kann, ist nicht zu leugnen. Im corpus juris canonici werden mehrfach Fälle von solchen consuetudines irrationales, denen niemals derogatorische Kraft zukommen kann, erwähnt, so z. B. im cap. 2 de consuetudine in VI to. Es wird darin eine Gewohnheit, nach welcher von dem Official eines Bischof an diesen selbst appelliert werden könnte, verworfen, denn der Official besitzt eine jurisdictio mandata und bildet somit unum tribunal mit dem mandans (Bischof), die Appellation muss daher gehen an den Oberen des mandans. Die Gewohnheit hat nicht die Kraft, einen solchen kirchlichen Grundsatz zu ändern und die jurisdictio mandata durch eine jurisdictio delegata zu ersetzen.[2])

Aehnlich bestritten ist das Erfordernis der praescriptio. Denn absurd muss es erscheinen, die Frage,

---

[1]) Vgl. ferner cap. VII X de consuetudine 1, 4 am Ende: Quum igitur haec non tam consuetudo, quam corruptela merito sit consenda, quae profecto sacris est canonibus inimica, ipsam mandamus de cetero non servari.

[2]) Andere Beispiele bieten z. B. cap. V X h. t. 1, 4, besonders die Worte: quod ex tali consuetudine, si qua foret disrumperetur nervus ecclesiasticae disciplinae, cap. 8 u. 9 X de simonia 5, 3, cap. 1 X ne his, quae fiunt majori etc. 3, 11 u. a. m. Ueber das Erfordernis der Rationabilität vgl. noch Puchta a. a. O. IV, S. 290 bis 292 und Savigny a. a. O. I, S. 428 (siehe auch S. 154), welch' letzterer dasselbe für eine bedenkliche Stimmnng des kanonischen Rechts erklärt.

ob eine Gewohnheit lange genug gewährt hat, um rechtliche Wirksamkeit erhalten und die Lebensverhältnisse mit der Kraft einer positiven Norm bestimmen zu können, von dem Ablauf einer fest bestimmten Jahreszahl abhängig zu machen, während doch die Verhältnisse viel zu verschieden liegen, als dass eine solche mechanische Regel massgebend sein könnte. Man hat daher unter dem Worte „praescripta“ oder besser dem Verbum „praescribere“ (der erstere Ausdruck kommt nämlich nicht vor) etwas anderes finden wollen, als ihm nach dem technischen Sprachgebrauche zukommt; einiger dieser Versuche wurde bereits gedacht. Insbesondere will Savigny[1]) darunter nur einen adäquaten Ausdruck für longum diurnum tempus verstanden wissen. Der Gegensatz von longaevus und legitime praescripta im cap. ult. cit. ist aber ein zu offenbarer, und die Gründe, welche Savigny hierfür geltend macht, dass nämlich der Schluss des Kapitels nur eine Wiederholung oder bestimmtere Einschärfung des im Anfang stehenden longaevae sei, und letzteres Wort eigentlich hätte fortbleiben können, wenn man es nicht für rätlich befunden hätte, die Kodexstelle möglichst unverändert beizubehalten, können nicht überzeugend wirken. Savignys Auffassung hat infolgedessen auch garkeine Autorität zu gewinnen vermocht. Die Notwendigkeit des Ablaufs der Verjährungszeit für die Bildung eines Gewohnheitsrechts, wenigstens gewiss eines solchen contra legem, ist im kanonischen Recht viel zu fest begründet, als dass ernsthaft daran gerüttelt werden könnte. Auch die Bearbeiter des römischen Rechts in der damaligen Zeit haben in ihrem Haschen nach Zahlen longaevum

---

[1]) Savigny a. a. O. I, S. 155; ebenso Brinkmann a. a. O. S. 13.

tempus in diesem Sinne gedeutet.[1]) So kann es denn garnicht Wunder nehmen, dass bei der engen Verbindung, welche in der wissenschaftlichen Behandlung des römischen und kanonischen Rechts in jener Zeit bestand, jene widersinnige, aber dem damaligen Zeitgeist durchaus entsprechende Lehre im kanonischen Rechtsbuche Aufnahme finden konnte. Zuerst wird der Ausdruck „praescribere" mehrfach von Innocenz III. gebraucht, doch lassen die Entscheidungen, in denen dieses Wort vorkommt, noch manchen Zweifeln Raum. Zu einer festen prinzipiellen Vorschrift ist es durch die Emanation der Dekretalensammlung Gregors IX. gekommen und ganz sicher kann das cap. ult. nur von diesem Gesichtspunkte aus verstanden werden. Vom Standpunkte des rein kanonischen Rechts wird denn auch das Erfordernis der praescriptio für derogatorisches Gewohnheitsrecht jetzt fast allgemein anerkannt.[2]) Es mag auch ratsam damals erschienen sein, die Einheit des Kirchenrechts gegenüber partikulären Abweichungen durch eine solche Bestimmung zu wahren. Denn gerade

---

[1]) Dieser Gesichtspunkt wird namentlich von Kierulff a. a. O. S. 11, Anm., hervorgehoben; desgleichen von Puchta a. a. O. III, S. 96—99. Puchta zeigt in interessanter Weise, wie die Analogie der Verjährung den Vorstellungskreis der damaligen Juristen beherrschte, und behauptet mit Recht, dass der, welcher unter praescripta einen anderen Sinn als den nächstliegenden finden wollte, annehmen müsste, die Verfasser der Dekretalen hätten einen von dem aller ihrer Zeitgenossen ganz verschiedenen Standpunkt juristischer Bildung eingenommen, vgl. ferner über das Erfordernis der Verjährungszeit nach kanonischem Recht Puchta a. a. O. III, S. 96—99.

[2]) Ausserordentlich bestritten ist die Frage, ob die Notwendigkeit des Ablaufes der Verjährungsfrist auf diese Art des Gewohnheitsrechts beschränkt ist oder ob dasselbe auch von den consuetudines praeter legem gilt. Doch liegt ein Eingehen auf diese Frage ausserhalb des Rahmens der gestellten Aufgabe.

jene Periode war überreich an der Ausbildung gewohnheitsrechtlicher Normen aller Art. Das positive Recht sollte, wie Scheurl[1]) bemerkt, gewissermassen seinen Anspruch auf Beherrschung des Rechtslebens nur durch erlöschende Verjährung binnen der gesetzlichen Frist verlieren. Die Zahl der Jahre, welche nach kanonischem Recht zur Begründung der consuetudo contra legem erforderlich ist, ist zwar gleichfalls nicht unbestritten, doch geht die überwiegende Meinung dahin, dass 40 Jahre verflossen sein müssen. Denn es ist natürlich, dass, wie die Verjährung gegen die Kirche 40 Jahre erfordert, dieselbe Zeit auch für die Präskription einer Gewohnheit gegen kirchliches Recht festgesetzt wurde.[2])

Jedenfalls haben sich Theorie und Praxis in dieser Beziehung dem römischen Recht angeschlossen, mag es sich nun um consuetudines contra oder praeter legem handeln, indem sie der Natur der Sache gemäss es der richterlichen Prüfung überlassen,[3]) ob die Uebung eines Rechtssatzes hinreichend genug befestigt ist, so dass daraus auf die gemeinsame Rechtsüberzeugung aller

---

[1]) Scheurl a. a. O. S. 66; siehe auch Friedberg a. a. O. S. 93, Anm. 3.

[2]) Wenn Fritz a. a. O. S. 39 gegen die Uebersetzung von „praescribere“ mit „verjähren“ im cap. ult. cit. einwendet, dass diese Stelle deshalb nicht von einer Verjährungszeit sprechen könne, weil es verschiedene Verjährungsarten von verschiedener Dauer gäbe, so ist darauf zu erwidern, dass es garnicht zweifelhaft sein kann, dass hier die Klagenverjährung gemeint ist.

[3]) Schon bei Cocceji: jus civile controversum findet sich S. 52—53 folgender Passus: nam actus illi aliquando una die et uno mense reiterantur, aliquando vix in anno, adeoque hoc simpliciter arbitrio judicis relinquendum est, an tot sint actus, et an tantum temporis praeterlapsum est, ex quo consuetudo et tacita voluntas elici possit.

oder des betreffenden Personenkreises, um den es sich handelt, geschlossen werden kann.[1])

Konnte noch Muehlenbruch[2]) die Bestimmungen des kanonischen Rechts bezüglich unserer Frage[3]) widersprechend finden und dem konsequenteren Civilrecht den Vorzug geben, so ist m. E. das Ergebnis der Untersuchung dahin zusammen zu fassen, dass von den Stellen des römischen Rechts, da dieselben in unverkennbarem Gegensatze stehen und nur durch künstliche Interpretation mit einander zu vereinigen sind, abgesehen werden muss, und dass die feste und sichere Stütze allein im kanonischen Rechtsbuche zu finden ist, dessen cap. ult. X cit. alle berechtigten Zweifel wenigstens abgeschnitten und klar und deutlich die derogatorische Macht der Rechtsgewohnheit gegenüber dem Gesetze anerkannt hat. Dieses hat somit die Grundlage zu bilden, wenn die Frage, „ob die Kraft der Rechtsgewohnheit ältere entgegenstehende Gesetze aufzuheben für das gemeine Recht quellenmässig begründet ist", in bejahendem Sinne ihre Beantwortung findet. Auch das Reichsgericht[4]) hat diese Auffassung vertreten und in einem Erkenntnis vom 5. Juli 1881, indem es ein Eingehen auf die Vorschriften des römischen Rechts ablehnte, sich dahin ausgesprochen: „dass im kanonischen

---

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. I, S. 47, Anm. 1; Dernburg a. a. O. I, S. 26, Anm. 3; Savigny a. a. O. I, S. 172; Brinkmann a. a. O. S. 13; Sturm: Recht- und Rechtsquellen S. 156; Beseler a. a. O. I, S. 110.

[2]) Muehlenbruch: Lehrbuch des Pandekten-Rechts S. 109 Anm. 4.

[3]) Die Gesetze des alten deutschen Reiches enthalten keine näheren Bestimmungen über die Rechtsgewohnheit und sind daher für den vorliegenden Fall bedeutungslos; vgl. hierüber auch Savigny a. a. O. I, S. 166 und Brinkmann a. a. O. S. 4.

[4]) Entscheidungen d. Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5, S. 133.

Recht — c. 11 X de consuetudine 1, 4 —, dessen Bestimmungen dem römischen Recht vorgingen, dem Gewohnheitsrecht dieselbe Kraft und Geltung beigelegt werde, wie sie einem Gesetze zukomme. Es vermöge daher ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken."